

Hvilken stilling har «barnets beste» i internasjonale barnebortføringssaker?

*En analyse med særlig vekt på
barnebortføringsloven § 12 bokstav b og
Haagkonvensjonen art. 13 første ledd bokstav b.*

Kandidatnummer: 228

Antall ord: 14 987



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

«... No-one intended that an instrument designed to secure the protection of children from the harmful effects of international child abduction should itself be turned into an instrument of harm.»

- *Baronesse Hale*¹

¹ Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51 (avsnitt 53)

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og aktualitet	4
1.2 Avgrensing.....	7
1.3 Litt om planen videre.....	8
2 Rettskilder og metode.....	9
2.1 Lovbestemmelser og konvensjoner	9
2.1.1 Konvensjonstolkning.....	9
2.2 Forarbeider og etterarbeider	11
2.3 Rettspraksis.....	11
2.3.1 Norsk rettspraksis.....	11
2.3.2 Internasjonal rettspraksis.....	12
2.4 Faglitteratur	15
3 Det mangfoldige «barnets beste»	16
3.1 «Barnets beste» i Grunnloven og andre lover	16
3.2 Noen av vurderingsmomentene	18
3.3 Ideologier.....	19
4 Haagkonvensjonen og barnebortføringsloven.....	21
4.1 Kort om hensyn og vilkår for å fremsette tilbakeleveringskrav	21
4.2 Hovedregelen om tilbakelevering og presentasjon av unntaksbestemmelsene	23
4.2.1 Det har gått mer enn ett år og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø.....	24
4.2.2 Barnet motsetter seg tilbakeleveringen	25
4.2.3 Tilbakeleveringen vil stride mot grunnleggende menneskerettigheter	26
5 Nærmere om unntaksbestemmelsen alvorlig risiko for fysisk eller psykisk skade, eller annen situasjon som ikke kan tolereres	27
5.1 Diskusjoner på vedtakelsestidspunktet.....	28
5.2 Norsk rettspraksis	29
5.3 Britisk rettspraksis	32
5.4 Sammenligning av norsk og britisk rettspraksis.....	35
6 EMD som håndhever av Haagkonvensjonen	39
6.1 EMK art. 8	39
6.2 Statenes forpliktelser	40

6.3	EMDs behandling av barnets interesser	41
6.4	Mer barnefokus og grundigere analyse.....	41
6.4.1	«Neulinger-testen» presiseres.....	43
7	Drøftelser i litteraturen	45
7.1	Barnets beste - innhold og betydning	45
7.2	Et hensyn kun i barnefordelingssaker?	45
7.3	Rettskultur som mulig forklaring	47
8	Avsluttende bemerkninger	48
8.1	Er barnets beste tilstrekkelig ivaretatt?	48
8.2	Mekling som alternativ i barnebortføringssaker	49
8.3	Forebyggende tiltak	50
	Litteraturliste	51
	Vedlegg	60
	Vedlegg til kapittel 4 Haagkonvensjonen og barnebortføringsloven	60

1 Innledning

I september 2006 flyttet en familie fra Norge til Marokko. Moren var norsk, faren var marokkansk og sammen hadde de to barn. Planen var å være i Marokko i ti måneder. Oppholdet ble ikke som forventet. Moren ønsket at familien skulle dra tilbake til Norge. Faren fjernet passene og mobiltelefonene. Han begynte å vise en annen side av seg selv – moren og barna ble slått og sparket. De ble nektet å snakke sammen og innelåst.

Etter hvert fikk moren returnere til Norge hvor hun startet kampen for å få barna tilbake. Faren kom med trusler overfor moren. Barna ble mer skeptiske til mor. Moren anmeldte faren for bortføring/tilbakeholdelse av barn, fysisk og psykisk vold, drapstrusler og drapsforsøk. Politiet i Norge ble kontaktet, men kunne lite gjøre.

Barna klarte til slutt å rømme og fikk asyl i Norges ambassade i Marokko. Moren reiste ned og møtte dem. Sammen seilte de fra Marokko til Spania. 24. juli 2009 var moren og barna gjenforent i Norge etter tre års adskillelse.²

I 2012 ble en norsk jente bortført av sin tunisiske far. Moren, Lene Stokkedal, har nå (mai 2015) utreiseforbud fra Tunisia. Stokkedal er sammen med to livvakter fra en gruppe som henter tilbake bortførte barn, siktet for å ha planlagt en væpnet kidnappingsaksjon av sin datter. Stokkedals sak er ikke endelig avgjort.³

Disse sakene illustrerer hvor vanskelige tilbakeholdelses- og barnebortføringssaker kan være.

Internasjonal barnebortføring er tema for denne avhandlingen.

1.1 Tema og aktualitet

Stadig flere inngår ekteskap og samboerskap med personer fra andre land. Ulike språk, religioner og kulturer møtes. Samtidig øker antallet samlivsbrudd, barnefordelingssaker og barnebortføringssaker.

² Hopstock og Brodtkorb, *Hvis jeg roper høyt nok. En mors kamp for sine barn*, Oslo 2010. Sammendraget er basert på morens skildringer i «Skah-saken»

³ Reportasjeserie fra aftenbladet.no

I perioden fra 2005 til 2014 ble 334 barn bortført fra Norge og 158 barn bortført til Norge.⁴ Dette viser at internasjonal barnebortføring rammer mange familier.

Barnebortføringer har alvorlige konsekvenser for alle involverte. Barnet mister kontakten med en av sine foreldre, men kan også miste båndene til sin tilvante kultur og sitt tilvante språk. Barna blir ofte selve forhandlingsobjektet i foreldrenes konflikter. Det kan være vanskelig å finne løsninger som er til beste for barnet, og samtidig oppleves rettferdige for foreldrene.

Haagkonvensjonen om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring av 1980⁵

(Haagkonvensjonen) skal sikre rask tilbakelevering av bortførte barn. 93 land er tilsluttet konvensjonen som er utarbeidet av Haagkonferansen – en organisasjon som arbeider for harmonisering av internasjonal privat- og prosessrett.⁶ Haagkonvensjonen er sammen med *Europarådskonvensjonen av 1980⁷* gjort til norsk lov ved *barnebortføringsloven av 1988⁸*.

Hovedregelen er at et bortført barn skal tilbakeleveres straks, dersom barnet hadde bosted i en stat som er tilsluttet Haagkonvensjonen.⁹ Rask tilbakelevering til barnets bostedsland og gjenopprettelse av den tidligere situasjonen er ofte det beste for barnet. Da kan domstolene i bostedslandet ta stilling til spørsmålet om foreldreansvaret og hvor barnet skal bo.

En tilbakelevering kan blant annet nektes dersom «*det er en alvorlig risiko for at tilbakelevering vil påføre barnet fysisk eller psykisk skade, eller på annen måte sette barnet i en stilling som ikke kan godtas*».¹⁰ Etter denne unntaksbestemmelsen vil konvensjonens formål om rask tilbakelevering av bortførte barn kollidere med hensynet til det enkelte barns beste. Dette har ført til flere rettsprosesser¹¹ – og til drøftelser i norsk og internasjonal faglitteratur. En arbeidsgruppe nedsatt av Haagkonferansen er akkurat nå (mai 2015) i ferd

⁴ Statistikk fra Justis- og utenriksdepartementet på www.barnebortforing.no. Oppdatert 28. jan. 2015. Statistikken viser at flest barn blir bortført *til* England og Sverige og flest barn blir bortført *fra* USA og Sverige til Norge

⁵ Konvensjon 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring (Haagkonvensjonen/HK).

⁶ Hentet fra Haagkonferansens nettsted www.hcch.net

⁷ Europeisk konvensjon 20 mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar (Europarådskonvensjonen)

⁸ Lov 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven/bbfl.)

⁹ jf. bbfl. § 11 første ledd

¹⁰ Etter bbfl. § 12 bokstav b og HK art. 13 første ledd bokstav b

¹¹ Eksempelvis Rt. 1993 s. 881(U), Rt. 2008 s. 829(U)

med å utforme retningslinjer for hvordan HK art. 13 første ledd bokstav b skal forstås.¹² Dette viser at forståelsen av unntaksbestemmelsen er en høyst aktuell problemstilling.

Unntaksbestemmelsene i barnebortføringsloven er ikke alene om å utgjøre en skranke for tilbakelevering. Norge er også forpliktet etter flere andre internasjonale konvensjoner som har betydning for barns rettsstilling.

En av de viktigste i så måte er *FNs barnekonvensjon (BK)*.¹³ Det følger av BK art. 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som angår barn. Denne konvensjonen er inkorporert til norsk lov med forrang ved *menneskerettsloven av 1999*.¹⁴ Barnekonvensjonen har også en generelt utformet bestemmelse i art. 11 om at statene skal treffe tiltak for å bekjempe ulovlige barnebortføringer. Haagkonvensjonen gir mer konkrete bestemmelser om hvordan tilbakeleveringer av bortførte barn skal skje. Likevel er BK art. 3 om hensynet til barnets beste en viktig bestemmelse for barnebortføringssaker etter både barnebortføringsloven og Haagkonvensjonen. Ettersom Haagkonvensjonen ikke har forrang slik som barnekonvensjonen, vil barnekonvensjonens bestemmelser gå foran ved eventuell motstrid.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har i de senere årene behandlet flere saker om internasjonal barnebortføring etter Haagkonvensjonen og «*right to family life*» etter *Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)*¹⁵ art. 8. EMK er i likhet med BK inkorporert til norsk lov med forrang ved menneskerettsloven. Norske rettsanvendere skal tolke EMK på samme måte som EMD tolker den. EMDs praksis i saker etter EMK art. 8 om barnebortføring vil dermed ha betydning for norsk rett.

Avveiningen mellom hensynet til barnets beste og tilbakeleveringskrav etter barnebortføringsloven ble vurdert i Rt. 2014 s. 714(U) hvor ankeutvalget uttaler: «*Utvalget påpeker at barnebortføringslovens bestemmelser i dag må forstås innenfor de rammer som følger av Grunnloven § 104 og FNs Barnekonvensjon, jf. Grunnloven § 92 og menneskerettsloven § 2 og § 3...*»

¹² Haagkonferansens Annual report 2014

¹³ FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller 20. november 1989

¹⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (Menneskerettsloven/mnskr.l.)

¹⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller 4. november 1950 (menneskerettskonvensjonen, EMK)

Med denne uttalelsen fremheves hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn i handlinger og avgjørelser som berører barn. Å vektlegge barnets beste som et grunnleggende hensyn har tidligere vært forpliktende etter BK art. 3, men er nå grunnlovsfestet i Grl. § 104 andre ledd.¹⁶ En barnebortføringssak vil berøre barnet og derfor må hensynet til barnets beste vektlegges. Dette kommer jeg tilbake til betydningen av.

Denne avhandlingens hovedtema er *hvordan unntaksbestemmelsen i barnebortføringsloven § 12 bokstav b og Haagkonvensjonen art. 13 første ledd bokstav b har blitt brukt i henholdsvis norsk og internasjonal rettspraksis – i perioden fra vedtakelsen av Haagkonvensjonen frem til i dag – og videre hvilken stilling hensynet til barnets beste har hatt og har i domstolenes vurderinger*. Mot slutten av avhandlingen vil jeg vurdere om det er behov for en kursendring her i Norge etter vedtakelsen av Grl. § 104 andre ledd.

1.2 Avgrensing

For å forhindre barnebortføringer og sikre rask tilbakelevering av bortførte barn, er det viktig med samarbeid over landegrensene. Ved siden av Haagkonvensjonen finnes det en rekke internasjonale konvensjoner og avtaler om jurisdiksjon – og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer om foreldreansvar.

I tillegg til Haagkonvensjonen er de viktigste konvensjonene Norge har tiltrådt Den nordiske familierettskonvensjonen¹⁷ og Europarådskonvensjonen. Den nordiske familierettskonvensjonen vil mellom de nordiske landene gå foran Europarådskonvensjonen etter bbfl. § 1. Europarådskonvensjonen utgjør sammen med Haagkonvensjonen, barnebortføringsloven. Jeg vil fokusere på Haagkonvensjonens bestemmelser fordi hensynene til en effektiv og preventiv konvensjon har vist seg å kollidere med unntaksbestemmelsene gitt med hensyn til barnet.

Ved siden av Haagkonvensjonen finnes det viktige konvensjoner som Norge *ikke* har tiltrådt. Mellom EU-landene (bortsett fra Danmark) gjelder *Brüssel II bis-forordningen*¹⁸ som skal sikre rask tilbakelevering av bortførte barn innenfor EU-landene. Et forslag om norsk

¹⁶ «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn»

¹⁷ Lov 10. juni 1977 nr.71 om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettsens område. For fullbyrdelse av dommer mellom Norge og Island gjelder fortsatt konvensjon 16. mars 1932 mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige

¹⁸ Forordning (EF) nr. 2201/2003

tiltredelse av *Haagkonvensjonen av 1996*¹⁹ er behandlet av familie- og kulturkomitéen og skal sannsynligvis plenumbehandles i Stortinget 11. juni 2015.²⁰ En norsk tiltredelse av Haagkonvensjonen 1996 vil ikke påvirke rettigheter og plikter etter Haagkonvensjonen – reglene vil virke side om side.²¹ Disse konvensjonene blir ikke viet mye oppmerksomhet, da avhandlingen hovedsakelig handler om Haagkonvensjonen av 1980.

Barnebortføring er straffbart etter *straffeloven av 1902*²² § 216.²³ De strafferettslige aspektene ved barnebortføring vil ikke være sentrale i avhandlingen. Haagkonvensjonen behandler kun de *sivilrettslige* – ikke de *strafferettslige* – sidene ved barnebortføring.

1.3 Litt om planen videre

I neste kapittel vil jeg vise rettskildene og forklare metoden for avhandlingen. Deretter vil det i kapittel 3 gjøres rede for hensynet til barnets beste i norsk rett. Kapittel 4 omhandler hensyn og vilkår bak Haagkonvensjonen og barnebortføringsloven – og gir dessuten en oversikt over alle unntaksbestemmelser hvorefter tilbakelevering kan nektes. Temaet for kapittel 5 er norsk og britisk rettspraksis etter unntaksbestemmelsen gitt i bbfl. § 12 bokstav b og HK art. 13 første ledd bokstav b. EMDs rolle som håndhever av Haagkonvensjonen blir vurdert i kapittel 6. I kapittel 7 blir faglitteraturens syn på tilbakeleveringskravet og barnets beste gjennomgått, før jeg kommer med noen avsluttende bemerkninger i kapittel 8.

¹⁹ Konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrding og samarbeid når det gjelder foreldreansvar og tiltak for beskyttelse av barn. (Haagkonvensjonen 1996)

²⁰ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=62507>

²¹ Jf. Haagkonvensjonen 1996 art. 50

²² Lov 22. mai 1902 nr.10 om straff (straffeloven/strl.)

²³ Strafferammen er inntil 3 års fengsel for omsorgsunndragelse/barnebortføring eller medvirkning til dette. Bøter kan anvendes ved formildende omstendigheter.

2 Rettskilder og metode

For å finne den riktige balansen mellom tilbakeleveringskravet og hensynet til barnets beste er det nødvendig å kjenne de aktuelle rettskildene og å avklare hvilke rettskilder som har forrang ved eventuell motstrid. Rettskildene og deres betydning i barnebortføringsaker, samt metoden for avhandlingen, er tema for dette kapittelet.

2.1 Lovbestemmelser og konvensjoner

Bestemmelser i Grunnloven, menneskerettsloven og barnebortføringsloven er de vesentligste rettskildene som brukes i denne avhandlingen.

Både barnebortføringsloven og menneskerettsloven gjør internasjonale konvensjoner til norsk lov. For at konvensjonene skal gis virkning i Norge må de vedtas som norske lovregler enten ved *transformasjon* eller ved *inkorporasjon*.

Barnebortføringsloven er en *transformasjon* av Haagkonvensjonen. Dette vil si at lovgiver har gjengitt konvensjonsteksten i en norsk lovtekst, for å skape mest mulig samsvar mellom konvensjon og lov.²⁴ Menneskerettsloven *inkorporerer* EMK og BK til norsk lov. Dette innebærer at det er vedtatt en norsk lovtekst hvor det står at disse konvensjonene skal gjelde som norsk lov. Både EMK og BK er konvensjoner som er inkorporert med *forrang* jf. mnskrl. § 2 jf. § 3. Dersom det foreligger motstrid mellom bestemmelser i barnebortføringsloven og EMK eller BK, vil EMK og BK gå foran.

I 2014 ble barnets beste grunnlovsfestet i Grl. § 104 andre ledd.²⁵ Etter *lex superior* - prinsippet vil grunnlovsbestemmelser ved motstrid gå foran trinnlavere bestemmelser i f.eks. barnebortføringsloven. Dette innebærer at hensynet til barnets beste vil være et grunnleggende hensyn som skal vurderes i barnebortføringsaker. Innholdet i grunnlovsbestemmelsen blir nærmere omtalt i kapittel 3.1.

2.1.1 Konvensjonstolkning

²⁴ Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett*, Oslo 2006, s. 58-59

²⁵ «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

I denne avhandlingen er de relevante konvensjonene **Haagkonvensjonen**, **BK** og **EMK**. Selv om disse er gjort til norske lover, vil den originale konvensjonsteksten, konvensjonsforarbeider og praksis kunne bidra til forståelsen av forholdet mellom tilbakeleveringskrav og barnets beste. Dette er viktig bl.a. med tanke på at konvensjonene skal fremme rettsenhet.

For konvensjonstolkningen vil *Wienkonvensjonen om traktatretten*²⁶ være et utgangspunkt. Denne konvensjonen gir regler om tolking av traktater og regnes som folkerettslig sedvanerett, slik at også Norge er bundet av konvensjonens regler selv om vi ikke har tiltrådt den.²⁷

I Wienkonvensjonen art. 31-33 fremkommer hovedprinsippene for tolkningen: Man må vektlegge den *vanlige* betydning av ordlyden, men man må også ta hensyn til hvilken *kontekst* ordene er brukt i og *traktatens formål*. Dette henger også sammen med teksten som kompetansebegrensing. Statene har forpliktet seg til det som følger av den aktuelle konvensjonsteksten og kan ikke tolke konvensjonen i strid med den vedtatte konvensjonsteksten.²⁸ Wienkonvensjonen art. 32 åpner for at *konvensjonsforarbeider* kan være et supplement ved konvensjonstolkningen. Dette gjelder bare dersom man etter en vurdering av konvensjonsteksten og konteksten jf. art. 31 likevel står igjen med uklar eller tvetydig forståelse eller dersom man får et absurd eller urimelig resultat.

Ved tolking må man ta hensyn til den aktuelle konvensjonenes *offisielle språkversjon*. For Haagkonvensjonen og EMK er originalspråket både engelsk og fransk. Barnekonvensjonen har flere originalspråk. I den videre fremstillingen vil jeg ta utgangspunkt i den norske lovteksten/konvensjonsteksten. Men i analysedelen vil jeg se hen til originalteksten på engelsk for å få et mest mulig korrekt bilde av konvensjonens bestemmelser og for å kunne sammenligne praksis fra ulike konvensjonsstater.

²⁶ Wien-konvensjonen 23. mai 1969 om traktatretten

²⁷ Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo 2010 s. 86

²⁸ Aall, *Rettstat og menneskerettigheter*, Bergen 2011 s. 36

2.2 Forarbeider og etterarbeider

Ot.prp. nr. 51 (1987-88), forarbeidene til barnebortføringsloven, er et sentralt lovforarbeid i avhandlingen. Dette er et dokument som ble utarbeidet av Justis- og politidepartementet.²⁹ Jeg vil også se på *Innst.186 S (2013-2014)* – forarbeidene til endring i Grunnloven. Forarbeidene brukes for å klargjøre forståelsen av lovteksten.

En type *konvensjonsforarbeid* jeg benytter er *Explanatory Report* skrevet av Elisa Pérez-Vera.³⁰ Haagkonferansen pleier å utarbeide en slik rapport for hver konvensjon. Dette er en forklarende rapport som blir skrevet av en person som har fulgt forhandlingene tett forut for konvensjonsvedtakelsen.

Pérez-Vera-rapporten blir tillagt stor vekt i konvensjonslandene, selv om den ikke er forpliktende. Rapporten kan kaste lys over konteksten konvensjonen ble til i. Ulike konvensjonstaters meninger på vedtakelsestidspunktet kan ha betydning for landenes videre praksis og forståelse av tilbakeleveringskravet og unntaksbestemmelsene.

Jeg vil også benytte *Justisdepartementets rundskriv*³¹ til barnebortføringsloven. Rundskrivet viser departementet syn på hvordan Haagkonvensjonen skal gjennomføres i norsk rett. Dette er ikke forpliktende, men Høyesteretts kjæremålsutvalg/ankeutvalg har lagt stor vekt på det.

2.3 Rettspraksis

2.3.1 Norsk rettspraksis

Norsk rettspraksis blir brukt for å vise hvordan domstolene har avveid tilbakeleveringskravet mot hensynet til barnets beste.

²⁹ Etter 1. oktober 2009 gikk man bort fra delingen mellom odelsting og lagting – derav navnet Odelstingsproposisjon (Ot.prp). Lovene blir nå behandlet av et samlet Storting. I dag heter slike dokumenter Prop. L.

³⁰ *Explanatory report* skrevet av professor Elisa Pérez-Vera, publisert 1982

³¹ G-136/91

Høyesterett skal påse at norske myndigheter handler i samsvar med Norges menneskerettslige forpliktelser jf. Grl. § 92.³² Domstolens avgjørelser kan derfor belyse hvordan norsk rett forholder seg til internasjonale konvensjoner.

Få barnebortføringssaker har vært behandlet av Høyesterett. Det er derfor nødvendig å se på annen praksis. Jeg vil vise til uttalelser fra Høyesteretts ankeutvalg og dets forgjenger kjæremålsutvalget.

Ankeutvalget³³ består av tre høyesterettsdommere i den enkelte sak. Alle dommerne tjenestegjør etter en rulleringsordning. Utvalget skal behandle anker over kjennelser og beslutninger, i tillegg til at det beslutter om en anke skal slippes inn for Høyesterett.³⁴ Begrunnede ankenektelser kan bidra til rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling. Slike «mini-prejudikater» vil ha vesentlig større betydning enn meningsytringer.³⁵ I denne avhandlingen vil «mini-prejudikater» og uttalelser fra ankeutvalget bli brukt for å belyse hvordan lovene er blitt tolket og praktisert.

Ved søk på lovdata finnes det 18 avgjørelser om unntaksbestemmelsene i bbfl. § 12, begrunnet av ankeutvalget/kjæremålsutvalget. I fortsettelsen ser jeg nærmere på fire kjennelser fra like etter barnebortføringsloven trådte i kraft, og frem til i dag. Dette er kjennelser som har blitt sitert gjentatte ganger av kjæremålsutvalget/ankeutvalget og kan dermed legges til grunn som norske domstolars forståelse av unntaksbestemmelsen i bbfl. § 12 bokstav b.

2.3.2 Internasjonal rettspraksis

Jeg vil også se på *andre konvensjonsstaters praksis* etter Haagkonvensjon – og på praksis fra *Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)*.

³² «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

³³ Jf. domstolloven § 5

³⁴ Hvilke sivile saker som skal behandles av Høyesterett følger av tvisteloven § 30-4 andre punktum: «Samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett.»

³⁵ Arnfinn Bårdsen «Anketillatelse til Norges Høyesterett» *Lov og Rett* 09/2014 s. 529-549

Årsaken til at jeg har valgt å se nærmere på britisk praksis etter Haagkonvensjonen, er at Norge ofte ser hen til Storbritannia.

I *Haagkonvensjonen* er det ikke uttrykt at man skal ta hensyn til andre konvensjonsstaters interne praksis. Likevel må det – ettersom formålet bak konvensjonen er å oppnå rettsenhet på området – innfortolkes en forpliktelse til ved konvensjonstolkningen å ta hensyn til rettsutviklingen i andre konvensjonsland. Er en regel forstått på en bestemt måte i et annet land, er dette et argument for at rettsanvenderen i Norge skal tolke regelen likedan.

Dette finner også støtte i Rt. 2012 s. 494. Høyesterett uttaler at andre konvensjonsstaters praksis kan være relevant ved konvensjonstolkningen. I saken var en britisk høyesterettsdom anført som støtte for et tilsvarende resultat i en sak etter den norske utlendingsloven³⁶.

Dommer Indreberg uttaler:

*«Dersom den tolkningen av flyktningkonvensjonen dommen gir uttrykk for skal legges til grunn i Norge, må det enten være fordi den har fått bred aksept i andre konvensjonsstater eller fordi den støttes av de øvrige rettskilder, og for øvrig har gode grunner for seg. Jeg har allerede vært inne på ordlyden og formålet, og ser nå på praksis i enkelte andre konvensjonsstater ...»*³⁷ (min understreking).

I mitt materiale er det vanskelig å vurdere hvorvidt en løsning har fått *bred* aksept i andre konvensjonsstater. Det skyldes at jeg behandler et begrenset antall dommer. Likevel kan dommene illustrere hvordan Storbritannia har avveid tilbakeleveringskravet mot unntaksbestemmelsene av hensyn til barnets beste. Dersom praksisen viser seg å være lik og har gode grunner for seg, kan dette begrunne at Norge bør tillegge resultatet vekt.

Jeg har tatt utgangspunktet i Haagkonferansens onlinedatabase, *incadat*, hvor informasjon om internasjonale barnebortføringer samles. I denne databasen er det totalt registrert 1182 barnebortføringssaker.³⁸ Rammen for avhandlingen gjør at jeg bare kan behandle noen få. Utvelgelsen er gjort ut fra hvilke dommer som er fremhevet som *særlig viktige* (merket med utropstegn) i *incadat* – og delvis etter hvilke dommer som blir sitert gjentatte ganger i andre dommer og i litteraturen.

³⁶ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

³⁷ Rt. 2012 s. 494 (avsnitt 43)

³⁸ Registrert 11. mai 2015

Jeg vil også se på praksis fra **EMD**, ettersom domstolen har behandlet flere tilbakeleveringssaker etter Haagkonvensjonen og EMK art. 8. Bakgrunnen for dette er at det ikke er knyttet noe tvisteløsnings- eller håndhevingsorgan til Haagkonvensjonen.

EMD har gjennom sin praksis uttalt at EMK er et «*living instrument*» som må sees i lys av dagens samfunnsforhold.³⁹ Norge er forpliktet til å følge EMDs utviklingspregede tolkning, men må avstå fra en *for* dynamisk tolkning av konvensjon.⁴⁰

Høyesterett har også vist vilje til å legge stor vekt på Norges menneskerettslige forpliktelser. I Rt. 2012 s. 667 tok to av dommerne utgangspunkt i forpliktelsene som følger av EMK og BK for å avgjøre hvorvidt etterfølgende forhold kunne tillegges vekt i en sak etter utlendingsloven. Hvis utvisningsvedtaket ble opprettholdt, kunne det være en krenkelse av både EMK art. 8 og BK art. 3, 8 og 9.

Dette kan vise at det blir stadig viktigere å være oppdatert i det internasjonale rettskildebildet – særlig på EMD. Det kan derfor være nyttig å se på hvordan EMD håndterer barnebortføringssaker – saker som øker i antall i takt med internasjonaliseringen.

Ved utvelgelsen fra EMD-praksis har jeg vektlagt dommer som er avsagt i storkammer og kammer. Storkammeret⁴¹ behandler saker som er videresendt fra kammer⁴² dersom saken «... *reiser et alvorlig spørsmål vedrørende tolkning eller anvendelse av konvensjonen og dens protokoller, eller et alvorlig spørsmål av allmenn betydning*» jf. EMK art. 43 andre ledd. Ettersom det skal mye til for at en sak oversendes til storkammer, blir storkammerdommer spesielt viktige.

Ved gjennomgang av flere EMD-dommer og juridisk litteratur har jeg prøvd å danne meg et bilde av hvilke dommer som ofte blir gjentatt – for så å se nærmere på disse.

³⁹ *Tyrer mot Storbritannia* 25. april 1978 (avsnitt 31)

⁴⁰ Jf. Rt. 2002 s. 557

⁴¹ Storkammeret består av 17 dommere og i tillegg én dommer fra det innklagde landet.

⁴² Kamrene består av sju dommere og i tillegg én dommer fra det innklagde landet. De vurderer realiteten i og om det foreligger avvisningsgrunner. De behandler både statsklager og individklager.

2.4 Faglitteratur

Juridisk litteratur om barnebortføring vil også bli brukt for å vise ulike oppfatninger av praksisen rundt tilbakelevering og barnets beste. Slik litteratur er ikke forpliktende for domstolene, men kan med sine *de lege ferenda*-vurderinger spille en viktig rolle for rettsutviklingen. Jeg vil særlig bruke Torunn Elise Kvisberg: «*Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnebortføring*» fra 2009 og Beaumont and McEleavy: «*The Hague Convention On International Child Abduction*» fra 1999, i tillegg til en rekke artikler.

3 Det mangfoldige «barnets beste»

For å vurdere hensynet til barnets beste i tilbakeleveringssaker er det nødvendig med en gjennomgang av begrepet. I dette kapittelet redegjøres det for innholdet i begrepet «barnets beste» og hvordan det tradisjonelt er forstått i norsk rett. Begrepet har de senere årene også kommet inn i vurderinger av tilbakelevering av bortførte barn. Begrepet er viktig å forstå fordi det danner grunnlaget for den videre analysen av tilbakeleveringskravet i barnebortføringssaker – temaet i kapittel 4.

Begrepet «*barnets beste*» er diskutert og kritisert både i Norge og internasjonalt. Hva er egentlig det beste for barnet? Skal man vurdere det beste for barnet på individnivå – hva som er best for dette konkrete barnet i denne konkrete saken, eller – hva som er best for barn som gruppe?

3.1 «Barnets beste» i Grunnloven og andre lover

I 2014 ble barns rettigheter grunnlovsfestet i Grl. § 104 andre ledd hvor det heter: «*Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.*»

Denne bestemmelsen bygger direkte på BK art. 3⁴³ som fra tidligere har forrang i norsk rett etter mnskrl. § 2 jf. § 3. Barns ytringsfrihet var tidligere indirekte vernet av dagjeldende Grl. § 100 fjerde ledd. Flere andre land hadde imidlertid barns rettigheter eksplisitt nedfelt i sine konstitusjoner. Dette ønsket også den grunnlovsgivende forsamling i Norge,⁴⁴ blant annet under henvisning til den politiske og symbolske betydning dette ville ha.⁴⁵

Når det kommer til forståelsen av Grl. § 104 andre ledd, mener kontroll- og konstitusjonskomitéen at «*Vekten barns beste skal gis, må sees ut fra hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.*». Komitéen understreker likevel at

⁴³ BK art. 3 første ledd: «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*»

⁴⁴ Innst.186 S (2013-2014) avsnitt 2.1.10

⁴⁵ Det blir også vist til at Norge ikke har villet anerkjenne individuell klageadgang etter barnekonvensjonen, begrunnet med at vi ivaretar barns rettigheter godt nok. Dersom Norge ikke beskyttet barns rettigheter i Grunnloven, kunne dette fremstå som inkonsekvent

«Prinsippet om barns beste er av stor, men ikke avgjørende betydning.» Dette kan forstås slik at hensynet til barnets beste i utgangspunktet er ett av flere hensyn som skal vurderes, men at hensynet vil veie tyngre dersom beslutningen berører barnet i stor grad eller er alvorlig for barnet.

Hensynet til barnets beste er også kjent fra barnefordelingssaker og barnevernssaker. I barneloven⁴⁶ § 48 første ledd finner vi hovedregelen om at man ved enhver avgjørelse om foreldreansvar, bosted, samvær og saksbehandling skal ta hensyn til hva som er «best for barnet». Det fastslås i bl. § 31 at foreldrene i saker som angår barnet, plikter å lytte til barnet i den grad dets alder og modenhet tilsier det. Dette prinsippet gjelder også i barnevernssaker. I barnevernloven § 6-3 fastslås det at barnets uttalelser skal tillegges økende vekt i takt med dets alder og modenhet.

Men hva innebærer egentlig «barnets beste»? *Smith og Lødrup* skriver at vektleggingen av barnets beste er «... en regel som er enkel i sitt innhold, men vanskelig å praktisere». ⁴⁷ De mener hensikten med begrepet er at man skal vektlegge hva som «gagner barnet best», men at dette begrepet i seg selv ikke sier noe om *hva* som er det beste for barnet. Likevel fremhever de hensynet til barnets beste som et «grunnleggende hensyn» som er viktig fordi det skal gjelde for mange ulike barn – gutter og jenter i alle aldre, i ulike situasjoner. Hvilke momenter som inngår i hva som er barnets beste vil variere fra sak til sak. Dette vil bli nærmere behandlet i kapittel 3.2.

Selv om begrepet i utgangspunktet er det samme i barneloven og barnevernloven, vil forskjellige momenter gjøre seg gjeldende avhengig av hvilken lov man har med å gjøre. I saker om foreldreansvar og bosted – som hører inn under familieretten – vil gjerne hensyn som avtalefrihet, fri rådighet og utenrettslige løsninger bli vektlagt. På barnevernsrettens område vil inngrepstenkningen råde sammen med legalitetskravet og andre rettssikkerhetskrav.⁴⁸

⁴⁶ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven/bl.)

⁴⁷ Smith og Lødrup, *Barn og foreldre*, Oslo 2006 s. 138

⁴⁸ Haugli «Det mangfoldige barnets beste» Oslo 2002 s. 313–327

3.2 Noen av vurderingsmomentene

Flere av momentene i barnets beste-vurderingen har utviklet seg gjennom rettspraksis. Disse inngår i en konkret helhetsvurdering av hvor *dette individuelle barnet* vil få det best i fremtiden. Man vil vurdere hvem barnet har hatt nærmest tilknytning til og på bakgrunn av dette vurdere fremtidsutsiktene for barnet. Personlige relasjoner og egenskaper hos barnet og foreldrene er sammen med hensynet til best foreldrekontakt,⁴⁹ barnets ønsker,⁵⁰ utdanningsmuligheter⁵¹ samt ønsket om unngå deling av søskenflokk⁵² – momenter som ofte inngår i helhetsvurderingen.

I tillegg er det viktig å se på hvem av foreldrene som har klart å sette barnets behov foran egne behov. En barnebortføring viser en manglende evne til å sette barnets behov foran sine egne interesser, da slik handling blir sett på som en brutal endring av barnets miljø.⁵³ Endring av miljø kan innebære nytt bosted, ny skole/barnehage, avstand fra tidligere venner og familie og skifte av hovedomsorgsperson – slik at barnet mister kontakten med vedkommende det har nærmest knyttet til.

Risikoen for miljøskifte har blitt tillagt stor vekt i foreldreansvarssaker hvor det er enighet om at flytting normalt er skadelig for barnet.⁵⁴ Dette hensynet vil tilsi at man vektlegger de allerede eksisterende miljøfaktorene rundt barnet og forsøker å opprettholde dem, også kalt *status quo-prinsippet*. Etter dette prinsippet vil det kreves en sannsynlighetsovervekt for at en flytting skal være til fordel for barnet.⁵⁵ Smith og Lødrup⁵⁶ skriver at *status quo-prinsippet* kan lede til en løsning som ikke er det beste sett på bakgrunn av foreldrenes personlige egenskaper, fordi det er den allerede eksisterende situasjonen som begrunner resultatet. De påpeker at det er viktig at barnefordelingssakene ikke tar lang tid.

⁴⁹ Etter lovendring i 1989 også inntatt i bl. § 43 femte ledd

⁵⁰ Jf. bl. § 31

⁵¹ Smith og Lødrup s. 140

⁵² Eksempelvis Rt. 1982 s. 1335

⁵³ Smith og Lødrup s. 144

⁵⁴ Se Rt. 1953 s.1374 hvor erklæring fra overlege Simonsen ved Rikshospitalets barnepsykiatriske avdeling blir gjengitt. Det heter blant annet «... *et slikt miljøskifte har en meget alvorlig innflytelse på mindre barn...*». I motsatt retning Rt. 2005 s. 682

⁵⁵ Rt. 1996 s. 427

⁵⁶ Smith og Lødrup s. 145

3.3 Ideologier

Haugli kritiserer begrepet «barnets beste». Hun påpeker at forståelsen av begrepet kan bygge på alt fra faglige argumenter, til verdisyn, ideologier og fordommer.⁵⁷ Hvordan man betrakter barn, vil også ha betydning. Etter *beskyttelsesideologien* regnes ikke barn som kompetente, handlende individer – de er sårbare og trenger hjelp til å bli ivaretatt. Etter beskyttelsesideologien er barnets beste mest fremtredende. På den andre siden er *autonomiideologien* som vektlegger barnet som et tenkende subjekt hvor dets ytringer vil stå sentralt. Den rådende norske måten å betrakte barn på kan sies å være en mellomløsning med elementer av både beskyttelsesideologien og autonomiideologien. Denne mellomløsningen går – noe forenklet – ut på at barnets rettigheter og ansvar øker med alder og modenhet.⁵⁸

Selv om lovgiver ikke har listet opp hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen av hva som er til barnets beste, peker blant andre *Haugli* på at dette ikke er en fri vurdering. Gjennom lovens system, forarbeider og rettspraksis vil man finne retningslinjer for en «barnets beste»-vurdering. Eksempelvis vil man i barnefordelingssaker etter barneloven vektlegge fredelige løsninger mellom foreldrene og på barnas rett til kontakt med begge sine foreldre.

Både beskyttelses- og autonomiideologien kan ha påvirket barnets beste-vurderinger. Ideologiene har endret seg i takt med samfunnet. Morspresumpsjonen – presumpsjonen for at det var best for små barn å bo hos mor – ble forlatt til fordel for likestilling. Både likestilling mellom mor og far, og likestillingen mellom barn født i og utenfor ekteskap.

I de senere årene har foreldrenes ansvar- og omsorgsrolle blitt vektlagt fremfor foreldrenes makt og myndighetsrolle.⁵⁹ Statene har også en plikt til å påse at foreldre og andre omsorgspersoner ikke utsetter barn for krenkelser og tar tilstrekkelig hensyn til barnas ytringer og barnas beste. Det følger av Grl. § 92 at staten må respektere og sikre menneskerettighetene som blant annet følger av FNs barnekonvensjon og EMK.

Krav om tilbakelevering av et bortført barn vil angå barnet, og dermed vil Grl. § 104 andre ledd komme til anvendelse. Ettersom barnets beste nå følger av Grl. § 104 andre ledd, vil det

⁵⁷ *Haugli* 2002 s. 317

⁵⁸ *Haugli* 2002 s. 319

⁵⁹ Trude *Haugli*, «Skiftende ideologier i barnelovgivningen - alltid til barnets beste?» *Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget* 2004 s 77-88

etter *lex-superior-prinsippet* være et overordnet hensyn som *må* vektlegges i alle saker som berører barn. Hvordan har hensynet til barnets beste blitt behandlet i barnebortføringssaker? Det er tema for neste kapittel.

4 Haagkonvensjonen og barnebortføringsloven

Å analysere barnets beste i tilbakeleveringssaker forutsetter kjennskap til enkelte begreper, hensyn og vilkår som vil bli kort presentert i dette kapitlet. I Kapittel 2 skrev jeg at barnebortføringsloven transformerte Haagkonvensjonen til norsk rett. Barnebortføringslovens formål er å gjennomføre Haagkonvensjonens bestemmelser. For å vurdere hvilke hensyn loven bygger på, er det nødvendig å se nærmere på konvensjonen. Her vil jeg behandle noen av hensynene som konvensjonen/loven bygger på. Videre vil jeg kort behandle vilkårene som må være oppfylt før man kan fremsette et krav om tilbakelevering av bortførte barn.

4.1 Kort om hensyn og vilkår for å fremsette tilbakeleveringskrav

Typetilfellet på 1970-tallet var en ulovlig bortføring eller ulovlig tilbakeholdelse foretatt av en far som var misfornøyd med samværsretten. Før Haagkonvensjonen trådte i kraft, var den gjenværende av foreldrene henvist til å ta rettslige skritt i det landet barnet var bortført til – ofte et land med et annet språk, en annen kultur og et annet rettssystem. Det var med andre ord vanskelig å få i stand tilbakelevering av bortførte barn. Dette dannet bakgrunnen for Haagkonvensjonen.⁶⁰

Konvensjonen bygger på forutsetningen at det er til barns beste å bli tilbakelevert til det landet hvor de hadde bosted før tilbakeholdelsen eller bortføringen. Dersom man har effektive prosedyrer for tilbakelevering, vil det kunne ha preventiv effekt for potensielle bortførere. På den annen side ble det vedtatt noen unntaksbestemmelser som skulle fange opp situasjoner hvor en tilbakelevering ikke var det beste for barnet. Disse reglene kommer jeg tilbake til i kapittel 4.2.

Å avklare et barns bostedsland er viktig for å finne ut om det er omfattet av konvensjonen.⁶¹ Bostedslandet vil også være landet barnet eventuelt skal tilbakesendes til. Det er også barnets bostedsland som skal vurdere om det er foretatt en ulovlig barnebortføring.⁶²

⁶⁰ Beaumont og McElevy s. 3

⁶¹ HK art. 4

⁶² HK art. 3 første ledd bokstav a

For å fremsette tilbakeleveringskrav etter bbfl. § 11 må man *ha foreldreansvaret* for barnet og *faktisk ha utøvd det*, på *tidspunktet* for bortføringen/tilbakeholdelsen. I Norge vil foreldreansvaret følge av bl. §§ 34 og 35. Gifte foreldre og samboere har foreldreansvaret sammen for felles barn etter bl. § 34. Dersom foreldrene ikke bor sammen, vil moren ha foreldreansvaret alene, men man kan avtale skriftlig at begge foreldrene skal ha foreldreansvaret sammen jf. bl. § 35. Haagkonvensjonens foreldreansvarsbegrep rekker videre; også juridiske eller administrative vedtak⁶³ eller beslutning fra en tredje stat vil kunne være grunnlag for foreldreansvar etter konvensjonen.

Statene plikter etter HK art. 21 til å *legge til rette for samvær*, men har ikke noen plikt til å *fullbyrde samvær*.

En «typisk» *ulovlig barnebortføring* er når en forelder borttar barnet fra den andre forelder uten samtykke – i strid med foreldreansvaret. *Ulovlig tilbakeholdelse* er når barnet blir holdt igjen i et annet land, i strid med *foreldreansvaret* til den *gjenværende* forelder. Dette vil være i tilfeller hvor barnet har vært på ferie i utlandet, først med samtykke fra gjenværende, men ved endt ferie ikke blir sendt tilbake i tråd med gjeldende avtale, eller at barnet blir krevd tilbakelevert av den gjenværende forelder.

Bortføringen og tilbakeholdelsen er *ulovlig* dersom *gjenværende* ikke har gitt sitt samtykke. Det er *gjenværende* som har bevisbyrden for at det ikke foreligger samtykke.⁶⁴

For at Haagkonvensjonens regler skal virke effektivt skal hver konvensjonsstat opprette en *sentralmyndighet* etter HK art. 2. Oppgaven er blant annet å koordinere kontakten med konvensjonsstater. Sentralmyndigheten i Norge er Justis- og beredskapsdepartementet.

Er et barn ulovlig bortført til Norge, skal tingretten behandle tilbakeleveringskravet «uten opphold» etter bbfl. § 11 første ledd. Dette er viktig for å oppnå formålet om rask tilbakelevering av bortførte barn og gjenopprettelse av den tidligere situasjonen, hensynene som Haagkonvensjonen bygger på.

⁶³ Eksempelvis en domsavgjørelse om hvem som skal ha foreldreansvaret eller omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-20.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 20

En mer detaljert redegjørelse for disse bestemmelsene er gitt i vedlegget bakerst. Det presiseres imidlertid at det ikke er nødvendig å lese vedlegget for å forstå den videre presentasjonen.

4.2 Hovedregelen om tilbakelevering og presentasjon av unntaksbestemmelsene

For å vise hvordan hovedregelen om tilbakelevering i gitte situasjoner kan komme i konflikt med hensynet til barnets beste, vil jeg her gi en kort presentasjon av tilbakeleveringsregelen og alle unntaksbestemmelsene som er gitt av hensyn til barnet. Deretter vil jeg i neste kapittel behandle unntaksbestemmelsen som oftest kommer i konflikt med hensynene bak konvensjonen.

Hovedregelen om tilbakelevering av bortførte barn er gitt i bbfl. § 11 første ledd:

«Barn som er ulovlig bortført til eller holdt tilbake her i landet, skal leveres tilbake straks dersom barnet umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen hadde bosted i en stat som er tilsluttet Haag-konvensjonen.»

Forutsetningen for dette er at gjenværende har *foreldreansvaret og faktisk har utøvd det på* tidspunktet for bortføringen/tilbakeholdelsen, og ikke har gitt *samtykke*.

I bbfl. § 12 er Haagkonvensjonen art. 12, art. 13 og art. 20 samlet i én bestemmelse.⁶⁵ I paragrafens bokstav a-d finner vi unntaksbestemmelsene fra hovedregelen om rask tilbakelevering. Det er *mottakerlandet* – det landet barnet er bortført til – som skal vurdere om tilbakeleveringskravet skal tas til følge, eller om en unntaksbestemmelse kommer til anvendelse. Unntaksreglene er *kan*-regler som åpner for skjønnsmessige vurderinger i domstolene. Bortfører påberoper seg ofte flere av unntaksbestemmelsene. Men det er bortføreren som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse.⁶⁶

⁶⁵ Jeg har valgt å behandle vilkårene slik de fremkommer av barnebortføringsloven og ikke etter Haagkonvensjonen. Dette er fordi jeg mener dette blir mest oversiktlig innenfor rammen for avhandlingen

⁶⁶ G-136/91 punkt 7.2.7

Nedenfor presenteres unntaksbestemmelsene kort. I neste kapittel vil jeg analysere den unntaksregelen som oftest kommer i konflikt med tilbakeleveringshensynet – HK art. 13 første ledd bokstav b/bbfl. § 12 bokstav b.

4.2.1 Det har gått mer enn ett år og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø

Etter bbfl. § 12 bokstav a kan tilbakelevering nektes når det «... *har gått minst ett år fra den ulovlige bortføringen eller tilbakeholdelse fant sted og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø.*»

Rask tilbakelevering av bortførte barn er ett sentralt hensyn bak konvensjonen. Når det har gått mer enn ett år, står ikke dette hensynet like sterkt lenger. Etter ett år kan barnet ha slått rot i sitt nye miljø, kanskje til og med ha endret sitt bosted. Unntaksregelen er også begrunnet i hensynet til at barnet ikke skal rives opp fra sitt tilvante miljø – et hensyn fra barnefordelingssaker som ble gjennomgått i kapittel 3.

Vektlagte momenter i vurderinger etter denne unntaksbestemmelsen er barnets språk – har barnet endret språk på den tiden det har vært bortført? Også barnets alder har vært vurdert – små barn er kanskje mer avhengige av sine nærmeste omsorgspersoner enn av nærmiljøet for øvrig. Dette kan være motsatt for eldre barn som oppholder seg med venner i barnehage/skole og andre fritidsaktiviteter. I tillegg har man vektlagt hvor stabil barnets situasjon er – har barnet slått seg til ro på en plass eller blir det flyttet rundt? Dersom barnet lever i skjul, vil dette også inngå i beregningen av om det er gått ett år. Blir barnet holdt skjult, taler det mot at barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø.⁶⁷

Denne unntaksbestemmelsen er ikke blant de mest påberopte. I *incadat* er det registrert 75 saker hvor unntaksbestemmelsen er drøftet.⁶⁸

⁶⁷ Kvisberg s. 432

⁶⁸ Registrert 11.mai 2015

4.2.2 Barnet motsetter seg tilbakeleveringen

En tilbakelevering kan også nektes dersom «... *barnet selv motsetter seg tilbakeleveringen, og det har nådd en alder og modenhetsgrad som gjør det naturlig å ta hensyn til barnets mening*», etter bbfl. § 12 bokstav c.

Det er ansett som lite hensiktsmessig å beslutte tilbakelevering av eldre barn.⁶⁹ Dette må også ses i sammenheng med at verken loven eller konvensjonen gjelder for barn over 16 år, jf. bbfl. § 4 og HK art. 4 siste punktum. Desto nærmere barnet er 16 år – jo sterkere vil man vektlegge dets meninger.

Barns rett til å uttale seg og deres medbestemmelsesrett er en viktig menneskerettighet som også følger av BK art. 12. Dette vil nok være bakgrunnen for de fleste konvensjonsstaters vurdering av dette vilkåret.

I rundskrivet⁷⁰ blir forholdet mellom barnelovens bestemmelser om når barnet skal få uttale seg og barnebortføringslovens bestemmelser diskutert. Departementet viser til at andre konvensjonsstater lot barn få uttale langt tidligere enn ved 12 år – som den gang fulgte av barneloven. Man la derfor til grunn at i barnebortføringssaker burde barna få uttale seg fra 7 år. Dette var fordi tilbakeleveringsavgjørelser hadde stor personlig og velferdsmessig betydning for barnet. Dette harmoner nå bra med de endringer som ble gjort i barneloven i 2003. Der ble det fastlagt at barn fra 7 år skulle gis anledning til å uttale seg – og videre at man fra barnet er 12 år skal vektlegge dets mening.

Det kan være vanskelig å avgjøre hvorvidt det er *barnet selv* sine meninger som fremkommer eller om barnet har blitt påvirket av bortføreren. Det blir domstolenes oppgave å vurdere om barnet motsetter seg «tilbakeleveringen». Det er ikke relevant for et tilbakeleveringskrav å ta stilling til hvem barnet ønsker å bo hos i fremtiden – dette må det tas standpunkt til i barnefordelingssaken. Dersom det er bortføreren barnet ikke ønsker å skilles fra, men vedkommende kan bli med barnet tilbake, er det ikke «tilbakeleveringskravet» barnet motsetter seg.⁷¹

⁶⁹ Pérez-Vera avsnitt 30

⁷⁰ G-136/91 punkt 7.2.3

⁷¹ Diskusjonen om domstolene har plikt til å undersøke barnas mening *ex officio*, se Kvisberg s. 455-458

Incadat viser 190 saker hvor dette unntaket er diskutert.⁷²

4.2.3 Tilbakeleveringen vil stride mot grunnleggende menneskerettigheter

Videre kan en tilbakelevering nektes dersom «... *det ikke er forenlig med grunnleggende prinsipper her i landet om vernet av menneskerettighetene å beslutte tilbakelevering*» jf. bbfl. § 12 bokstav d.

Dette unntaket tilsvarer HK art. 20. Menneskerettighetene vil være de som følger av menneskerettsloven. I forarbeidene⁷³ er denne regelen forklart som en spesiell *ordre-public*-klausul – den kommer kun til anvendelse i «ekstraordinære unntakstilfeller». Dette vil eksempelvis være tilfellet dersom det er tale om tilbakelevering til et krigsherjet land.

Eksempel på en slik sak er *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)*⁷⁴ som handler om tilbakelevering av to barn til Zimbabwe. Barna motsatte seg tilbakelevering og en interesseavveining etter EMK art. 8 førte heller ikke til noe svar – ettersom alle parter hadde krav på respekt for sine hjem og familieliv. HK art. 20 ble dermed avgjørende fordi Zimbabwe var et krigsherjet land, hvoretter tilbakelevering ble nektet.

Det er registrert 20 saker som diskuterer denne unntaksregelen i incadat.⁷⁵

Unntaksbestemmelsen som er gitt i bbfl. § 12 bokstav b, er det mest påberopte unntaket registrert i incadat. Denne bestemmelsen danner utgangspunktet for analysen av tilbakeleveringskravet og hensynet til barnets beste – vil bli gjennomgått i neste kapittel.

⁷² Registrert 11. mai 2015

⁷³ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 20

⁷⁴ *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* UKHL 55 [2008]

⁷⁵ Registrert 11.mai 2015

5 Nærmere om unntaksbestemmelsen alvorlig risiko for fysisk eller psykisk skade, eller annen situasjon som ikke kan tolereres

I kapittel 3 gjorde jeg rede for hvordan hensynet til barnets beste er forstått i Norge – hovedsakelig i barnefordelingssaker – hvor en rekke vurderingsmomenter inngår.

Gjennomgangen viste at Grl. § 104 andre ledd nå forplikter rettsanvenderen til å vektlegge hensynet til barnets beste som *ett av flere grunnleggende hensyn* i enhver sak som angår barn. Barnets beste er ett av flere hensyn som skal vurderes – og skal vektlegges i økende grad etter hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.

En barnebortføring/tilbakeholdelse krenker barnets rett til kontakt med en av sine foreldre og påfører barnet et brudd med dets kjente miljø. I verste fall kan en bortføring innebære at barnet blir flyttet til et annet land med et annet språk og en annen kultur. Ettersom en barnebortføring/tilbakeholdelse innebærer et slikt alvorlig inngrep for barnet, kan det argumenteres for at en rask tilbakelevering *alltid* må skje, for å gjenopprette den tidligere situasjonen. Men skal tilbakeleveringshensynet veie like tungt dersom det viser seg at mor har bortført barnet fordi hun eller barnet blir utsatt for fysiske og/eller psykiske overgrep fra far?

Det følger av HK art. 13 første ledd bokstav b,⁷⁶ videreført i bbfl. § 12 bokstav b, at tilbakelevering kan nektes dersom «*det er en alvorlig risiko for at tilbakelevering vil påføre barnet fysisk eller psykisk skade, eller på annen måte sette barnet i en stilling som ikke kan godtas.*» Unntaksbestemmelsen er påberopt i hele 37 prosent av alle sakene i incadat.

Unntaket viser spenningene mellom konvensjonens formål om tilbakelevering og forebygging av barnebortføringer/tilbakeholdelser på den ene siden, og vurdering av det enkelte barn på den andre siden.

Jeg vil i dette kapittelet gjennomgå unntaksbestemmelsen og vurdere hvordan Norge og Storbritannia har vurdert barnets beste i tilbakeleveringssaker, for deretter å se om dette for Norges vedkommende er i samsvar med Grl. § 104 andre ledd.

⁷⁶ «... there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.»

5.1 Diskusjoner på vedtakelsestidspunktet

Rundskrivet gir uttrykk for mye av det samme som i Pérez-Vera rapporten. Rundt vedtakelsen av unntaksbestemmelsen i HK art. 13 første ledd bokstav b, ble det diskutert hvorvidt man ønsket en «sterk konvensjon» – med nærmest en absolutt tilbakeleveringsplikt, og noen land som ønsket en «svak konvensjon» – med mulighet for å drøfte hensynet til barnets beste og motvirke urimelige resultater.⁷⁷

Et viktig argument i denne diskusjonen var at effektivtetsformålet med Haagkonvensjonen ikke tillot mye tid til innhenting av opplysninger og undersøkelser. Dette er noe som skiller konvensjonen fra andre konvensjoner om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer om foreldreansvar.

Dette betyr likevel ikke at Haagkonvensjonen unnlater å ta hensyn til det konkrete barnet. Konvensjonen bygger på tankegangen om at det er til barns beste å bli raskt tilbakelevert.⁷⁸ For tilfeller hvor en tilbakelevering likevel ikke ville være til barnets beste, ble det vedtatt en unntaksbestemmelse som var ment til å skulle tolkes restriktivt. Ved en vid anvendelse av unntaksbestemmelsen ville konvensjonen bli «*a dead letter*», ifølge Pérez-Vera.⁷⁹ Det var særdeles viktig for de nordiske landene at konvensjonen tok tilstrekkelig hensyn til barnets beste – noe det norske Justisdepartementet legger til grunn at konvensjonen gjør.⁸⁰

Rapporten peker på at unntaksregelen i HK art. 13 første ledd bokstav b gir dommeren adgang til å foreta en skjønnsmessig vurdering og ikke oppstiller en absolutt tilbakeleveringsplikt.⁸¹ Det påhviler bortfører å bevise at en unntaksbestemmelse skal anvendes og dermed at en tilbakelevering kan nektes.⁸²

Jeg vil i det følgende redegjøre for norsk og britisk rettspraksis om unntaksbestemmelsen for å vise hvordan den er tolket og brukt i noen konkrete saker.

⁷⁷ Pérez-Vera avsnitt 116

⁷⁸ Pérez-Vera avsnitt 23

⁷⁹ Pérez-Vera avsnitt 34

⁸⁰ G-136/91 punkt 2

⁸¹ Pérez-Vera avsnitt 113

⁸² Pérez-Vera avsnitt 114

5.2 Norsk rettspraksis

For å belyse praksis etter unntaksbestemmelsen i bbfl. § 12 bokstav b, har jeg valgt ut noen dommer som ofte har vært sitert av ankeutvalget og kan være illustrative for praksisen. Dette er ikke en uttømmende gjennomgang.

I *Rt. 1991 s. 1051(U)* ble det besluttet tilbakelevering av en jente (f. 1987). Saken handler om et foreldrepar med felles foreldreansvar som bodde i USA. Moren og datteren dro på ferie til Norge i juni 1990, men kom ikke tilbake som planlagt. Etter å ha vært i Norge noen måneder, krevde moren skilsmisse og foreldreansvar for datteren. Oslo byrett avsa en midlertidig avgjørelse hvor moren skulle ha foreldreansvaret og daglig omsorg for datteren frem til rettskraftig dom forelå. Faren ble nektet samværsrett og fikk forbud mot å besøke moren og datteren. I oktober samme år fremsette faren tilbakeleveringskrav som han fikk medhold i. Moren anket til Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Lagmannsretten hadde ikke funnet at det var «*alvorlig risiko*» for at tilbakeleveringen ville påføre datteren «*fysisk eller psykisk skade, eller på annen måte sette barnet i en stilling som ikke kan godtas*» jf. bbfl. § 12 bokstav b, siste alternativ. Retten fant det ikke sannsynliggjort at faren hadde gjort seg skyldig i incest overfor datteren, og fant det heller ikke sannsynliggjort at fysiske skader på datteren skyldtes faren. Denne informasjonen fremkom av en erklæring fra en sakkyndig overlege.

Kjæremålsutvalget godtok at det ikke ble holdt muntlig forhandling og at det heller ikke ble innhentet ytterligere sakkyndigundersøkelse fra en annen overlege. Utvalget mener at tidligere instanser hadde foretatt en forsvarlig vurdering, men sier det er uheldig at saken hadde tatt lang tid. Det vises til kravet om rask behandling av tilbakeleveringssaker etter bbfl. § 11. Likevel førte ikke dette til opphevelse av lagmannsrettens kjennelse. Barnet ble tilbakelevert.

Det motsatte ble resultatet i *Rt. 1993 s. 881(U)* hvor det var krevd tilbakelevering av to barn til Frankrike. Familien hadde bodd sammen i Frankrike før moren bortførte barna til Norge. Faren krevde tilbakelevering, men han tapte i både namsretten, lagmannsretten og Høyesteretts kjæremålsutvalg. Forholdet mellom foreldrene var turbulent. Moren hevdet faren hadde truet med å ta selvmord foran barna og vært voldelig mot henne.

Lagmannsretten og namsretten fant at det var risiko for at tilbakelevering ville påføre barna fysisk eller psykisk skade. Namsretten mente det var «*noe tvilsomt*» om dette kvalifiserte til «*alvorlig risiko*», etter bbfl. § 12 bokstav b første alternativ. Lagmannsretten la til grunn at tilbakelevering ville sette barna «*... i en stilling som ikke kunne godtas.*», etter bbfl. § 12 siste alternativ. Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens forståelse av unntaksregelen. Med henvisning til *Ot.prp. nr. 52 (1987-88)* uttalte kjæremålsutvalget at «*... en tilbakeføring ikke kan nektes ut fra en alminnelig vurdering av hva som vil være det beste for barnet*». Det måtte kreves at en tilbakelevering var «*klart uheldig*» for barnet og at det foreligger «*relativt klar sannsynlighetsovervekt*» for dette. Det ble vist til at dette samsvarte med rundskrivets oppfatning.⁸³

Kjæremålsutvalgets uttalelse i Rt. 1993 s. 881(U) er sitert i senere saker, blant annet i **Rt. 2008 s. 829(U)** hvor det var fremsatt tilbakeleveringskrav av en gutt (f. 1995) til Polen. Begge foreldrene var polske statsborgere og bodde i Polen, frem til moren giftet seg på ny i 2000 og flyttet til Norge. I mars 2002 beordret namsretten tilbakelevering av barnet til Polen. Dersom moren ikke leverte sønnen tilbake innen den angitte fristen, kunne namsmannen hente ham og sende ham til faren. I lagmannsretten vant moren. Faren anket og anførte at unntaksbestemmelsen i bbfl. § 12 bokstav b, siste alternativ, ble gitt et for vidt anvendelsesområde. Kjæremålsutvalget var enig i lagmannsrettens vurdering. Med henvisning til Rt. 1993 s. 881(U) og til rundskrivet ble det pekt på at det forelå betydelig konfliktnivå mellom partene og på at et brudd med guttens tilvante miljø, ville være «*klart uheldig*» for ham.

Høyesterett kjæremålsutvalg behandlet i **Rt. 2014 s. 714(U)** en videre anke over lagmannsrettens kjennelse om å nekte tilbakelevering av fire barn til Tyskland. Utvalget finner det klart at anken ikke kunne føre frem og uttaler: «*Utvalget påpeker at barnebortføringslovens bestemmelser i dag må forstås innenfor de rammer som følger av Grunnloven § 104 og FNs Barnekonvensjon, jf. Grunnloven § 92 og menneskerettsloven § 2 og § 3..*».

Sakens faktum fremgår av Gulating lagmannsrett kjennelse **LG-2014-3017**. En far krevde tilbakelevering av fire barn, C (f. 2002), D (f. 2005), E (f. 2009) og F (f. 2012) til Tyskland. Moren var marokkansk og faren tysk statsborger. De giftet seg i 1999 og hadde felles

⁸³ Rt. 1993 s. 881 (side 885)

foreldreansvar. Paret hadde også en datter, 14 år gamle G, som bodde hos fosterforeldre i Tyskland. Da lagmannsrettens kjennelse ble avsagt, var hun tilbakeført til faren.

Sommeren 2013 reiste familien til Norge for å besøke morens foreldre. Moren og barna ble værende i Norge hvoretter barna begynte på norsk skole. I september 2013 fremsette faren tilbakeleveringskrav. Haugaland tingrett avsa i november 2013 kjennelse om at tilbakeleveringsbegjæringen ikke skulle tas til følge. Faren anket. Ved lagmannsrettens behandling ble det gitt vitneforklaring fra en representant for det tyske barnevernet. Det ble også foretatt dommeravhør av to av barna i samsvar med bbfl. § 17. Retten tok stilling til om unntaksreglene i barnebortføringsloven § 12 bokstav b og/eller bokstav c skulle komme til anvendelse i saken. Domstolen viser i kjennelsen til at dette er *svært snevre unntaksbestemmelser* og dessuten til at bestemmelsene er «*kan-regler*» og at moren som bortfører har bevisbyrden for at vilkårene for at reglene skal komme til anvendelse, er til stede.

Om kravet til bevisbyrde vises det til *Rt. 1993 s. 881(U)* hvor lagmannsretten – med henvisning til forarbeidene – hadde avslått tilbakeleveringskravet fordi en tilbakelevering ville være til skade for barna. I kjennelsen fra 2014 vurderer lagmannsretten om det finnes en «*relativt klar sannsynlighetsovervekt*» for at en tilbakeføring vil være «*klart uheldig*» for barna. Domstolen viser til samtaler med to av barna hvor de fortalte om en voldelig far som slo dem med belte og flat hånd. Barna hadde også blitt truet med vold og sett faren slå og true de andre søsknene. Barnas forklaringer var gjensidig bekreftende. De ønsket heller ikke å flytte til Tyskland. Lagmannsretten fant det bevist at det var klar sannsynlighetsovervekt for at tilbakelevering ville være uheldig for barna og forkastet anken.

Mindretallet, lagdommer Lillebø fant derimot ingen grunn til å fravike hovedregelen. Han ga uttrykk for at det i slike saker er stor sjanse for at barnas forklaringer kan være påvirket av foreldrene. Han var betenkt over at moren hevdet faren var voldelig, men likevel opptok samlivet med ham hele fem ganger. Lillebø viste også til at farens tidligere voldsutøvelse, ikke nødvendigvis indikerte at han ville utøve vold i fremtiden. Lagdommeren som utgjorde mindretallet mente også at barnevernet i Tyskland kunne bistå familien. Mindretallet mente det burde en tilbakeføring etter hovedregelen i barnebortføringsloven.

5.3 Britisk rettspraksis

Nedenfor har jeg valgt ut noen illustrative og hyppig siterte dommer for å belyse anvendelsen av unntaksbestemmelsen i HK art. 13 første ledd bokstav b i britisk rettspraksis. Dette er ikke en uttømmende gjennomgang.

Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)⁸⁴ handler om en gutt (f. 1998) i Romania. Foreldrene skilte seg, og moren hadde hovedomsorgen for gutten. Høsten 2002 flyttet moren til Storbritannia og giftet seg på ny. Sønnen ble værende hos besteforeldrene i Romania. I desember 2002 tok moren med seg gutten til Storbritannia. Det var omstridt hvorvidt faren hadde foreldreansvaret og kunne fremsette tilbakeleveringskrav etter Haagkonvensjonen. High Court innhentet opplysninger fra en rumensk ekspert og konkluderte med tilbakelevering av gutten. Moren anket til House of Lords. Domstolen fastslo at faren ikke hadde foreldreansvar og dermed ikke kunne fremsette tilbakeleveringskrav. Denne saken er først og fremst interessant på grunn av viktige uttalelser *Baronesse Hale* gir om Haagkonvensjonen.

Hale viser til Pérez-Vera rapporten om at unntaksbestemmelsene skal tolkes restriktivt. Det er ikke myndighetene i mottakerlandet som skal vurdere hvor barnet vil ha det best i fremtiden. En for utvidende tolkning av HK art. 13 første ledd b, kan føre til et slikt resultat. *Hale* påpeker at «*intolerable situation*» er et sterkt begrep.⁸⁵ *Hale* fremhever også at de engelske domstolene hadde prøvd å unngå at barnet ble satt i en «*intolerable situation*» ved å se på leveforholdene i Romania og på hvorvidt de rumenske kunne myndighetene ivareta barnet.

Hun viser i den forbindelse til Brüssel II bis-forordningen art. 11.4 som gjelder mellom EU-landene. Her er det krav om at en domstol ikke kan nekte tilbakelevering av et bortført barn «...if it is established that adequate arrangements have been made to secure the protection of the child after his or her return.» Videre påpeker *Hale* at «No-one intended that an instrument designed to secure the protection of children from the harmful effects of international child abduction should itself be turned into an instrument of harm.»

⁸⁴ *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51

⁸⁵ *Re D* (avsnitt 51 og 52)

I denne saken hadde det gått lang tid, og selv om faren hadde gitt løfter om å beskytte barnet, sier Hale at et liv i Romania ville vært annerledes enn det livet gutten var vant til i England. Ved flytting ville også moren risikere søksmål i Romania.⁸⁶

Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)⁸⁷ handler om to jenter (født i 2004 og 2007). Moren var britisk og faren norsk. Foreldrene giftet seg i 2004, og familien bodde sammen i Norge. I september 2010 flyttet moren og de to jentene til England. Faren krevde tilbakelevering. Ved rettsaken ble det anført at morens sårbare personlighet og morens reaksjon på en tilbakelevering ville føre til «*grave risk of harm*» for barna. Det ble ført bevis for dette, men anførselene ble avvist av prøvedomstolen som mente at moren stadig trenerte saken.

Prøvedomstolen mente det var til jentenes beste at de ble tilbakelevert til Norge i påvente av en foreldreansvarssak der. Jentene var unge, hadde ikke funnet seg til rette i England og kunne returnere til omgivelser hvor begge foreldrene kunne bo. Barnas velferd talte for tilbakelevering. Moren anket og fikk etter hvert behandlet saken i Supreme Court.

Moren påsto at faren var aggressiv og voldelig, spesielt mot deres kjæledyr. Han skal ha drept familiens katt og stedatterens kanin. Han vedgikk dyredrapene, men hevdet at moren bad ham å utføre dem, bl.a. ettersom katten var blitt farlig. Moren hevdet at alle fryktet faren, selv om han bare hadde vært fysisk voldelig mot moren ved én anledning. Faren hevdet at moren hadde alkoholproblemer og brukte narkotika. Dette ble ikke funnet bevist. Det ble heller ikke funnet bevis for partnervold.⁸⁸

Supreme Court drøftet forholdet mellom engelsk rett og BK art. 3 hvor det heter at hensynet til barnets beste skal være «*a primary consideration*». Den gang var ikke barnekonvensjonen inkorporert i britisk rett, men fulgte indirekte av annen lovgivning. *Hale* viser til at Haagkonvensjonen ikke inneholder noen eksplisitt bestemmelse om «*hensynet til barnets beste*». Hun viser til at Haagkonvensjonen skal verne barn som gruppe og er ment å skulle ha en preventiv effekt.

⁸⁶ Senere behandlet av EMD som *Deak mot Romania og Storbritannia*, hvor det ble konkludert med brudd på EMK art. 6 «*fair trial in a reasonable time*», men ikke «*right to family life*» etter EMK art. 8

⁸⁷ *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* UKSC 27 [2012]

⁸⁸ *Re E* (avsnitt 41)

Videre blir det vist til EMDs dom i *Neulinger-saken* og presidenteten i EMDs uttalelse om at Haagkonvensjonen og EMK går hånd i hånd – det er ikke slik at EMK art. 8 «trumfer» Haagkonvensjonen.⁸⁹ (EMDs rolle i barnebortføringssaker kommer jeg tilbake til i kapittel 6.)

Den britiske domstolen er enig med EMD i at Haagkonvensjonen «... *is designed for the benefit of children, not of adults*» og at konvensjonens vern av barnets beste har to aspekter: «*to be reunited with their parents as soon as possible*» og «... *to be brought up in a 'sound environment' in which they are not at risk of harm.*». Videre vises det til at Haagkonvensjonen er laget for å avveie disse hensynene, og til at konvensjonen riktig anvendt ikke vil føre til brudd på EMK art. 8 eller andre EMK-rettigheter. Det blir uttalt at «*The exceptions to the obligation to return are by their very nature restricted in their scope. They do not need any extra interpretation or gloss.*».⁹⁰

Avslutningsvis⁹¹ uttaler retten at foreldrene er ekspertene på sine egne barn og at de må klare å sette barnets behov fremfor sine egne. De bør – ifølge retten – være i stand til å fremforhandle den minst skadelige løsningen, gjerne ved hjelp av en dyktig mekler. Men dersom de skal mekle, må de vise hverandre gjensidig respekt. Mekling vil ikke fungere dersom den ene parten er dominerende som i saker om påstått partnervold.

Retten tviler ikke på morens mentale helsetilstand. Den er også fornøyd med uttalelsene fra den norske dommeren Selvaag angående hvilke rettsmidler som fantes i Norge. Blant annet kunne foreldrene søke om skilsmisse og om det var nødvendig kunne moren få hemmelig adresse. Det er – ifølge domstolen – heller ingenting som beviser at faren ikke har holdt det han har lovet tidligere. Supreme Court konkluderte med at barna skulle tilbakeleveres.

Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)⁹² handler om et barn (f. 2009) i Australia. Faren var australsk statsborger, mens moren hadde både britisk og australsk statsborgerskap. De var ikke gift, men bodde sammen fra oktober 2008 til januar 2011.

Moren tok med seg gutten til England i februar 2011. Faren krevde sønnen tilbakelevert til Australia. Han ga flere løfter som var ment å skulle gjøre det lettere for moren å returnere. 30. august 2011 ble tilbakeleveringskravet avvist. Retten mente at farens løfter og beskyttende tiltak i Australia ikke var tilstrekkelig til å beskytte barnet mot «*grave risk*» etter HK art. 13

⁸⁹ Re E (avsnitt 27)

⁹⁰ Re E (avsnitt 52)

⁹¹ Re E (avsnitt 53)

⁹² Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) UKSC 10, [2012]

første ledd bokstav b. 2. desember 2011 fikk faren medhold i Court of Appeal. Moren anket og fikk prøvd saken i Supreme Court. Supreme Court kom med krass kritikk av Court of Appeal's vurdering av saken. Court of Appeal hadde utelatt flere viktige bevis i sin vurdering av «grave risk» etter HK art. 13 første ledd b. Det var på bakgrunn av dette at Supreme Court anså seg nødt til å behandle en lignende sak, kort tid etter *Re E* – hvilket domstolen følgelig gjorde i *Re S*-saken.

Supreme Court sammenligner Court of Appeal's avgjørelse i saken med den lignende saken *Re E*. Det blir blant trukket frem at det turbulente forholdet mellom foreldrene ikke var tillagt nok vekt. Court of Appeal hadde utelatt en rekke forhold; herunder farens misbruk av alkohol og narkotika, de manglende bevisene for at han hadde overvunnet rusproblemene, muligheten for at han ville etterleve australske rettsavgjørelser, morens eventuelle behov for rettsak i Australia, farens selvmordsforsøk, farens mislykkede forsøk på å forsørge familien, farens økonomiske forsørgerevne, hans mange innrømmelser pr. e-post, bevisene for at moren hadde vært utsatt for partnervold og effektive beskyttelsestiltak for moren i Australia.⁹³ Morens frykt var tilstrekkelig bevist. Court of Appeal la heller ikke vekt på medisinske bevis om moren, ei heller på rapporten skrevet av psykologen forut for rettsaken. Domstolen mislyktes – ifølge Supreme Court – i bedømmelsen av farenivå, som kreves etter HK art. 13 første ledd b. Tilbakelevering ble nektet.

5.4 Sammenligning av norsk og britisk rettspraksis

Gjennomgangen viser at det er vanlig med beskyldninger om vold og misbruk i barnebortføringssaker. De norske dommene om bbfl. § 12 bokstav b, «*alvorlig risiko for at tilbakelevering vil påføre barnet fysisk eller psykisk skade, eller på annen måte sette barnet i en stilling som ikke kan godtas*», viser at vurderingen av de ulike alternativene ofte smelter sammen og ofte gjøres av siste alternativ «*stilling som ikke kan godtas*». Når det kommer til beviskravet, fremgår det av dommene sammenholdt med rundskrivet at kravet er «*relativt klar sannsynlighetsovervekt*». Udokumenterte påstander er ikke tilstrekkelig. Påstandene må kunne underbygges med objektive bevis, eksempelvis vitneforklaringer. Hva angår risikoen for skade som omtales i bestemmelsen, er det ikke noen betingelse at den må være *umiddelbar*.

⁹³ Re S (avsnitt 29 og 30)

Britiske domstoler har vært restriktive i sin anvendelse av HK art. 13 første ledd b, ettersom det har blitt stilt tilsynelatende strenge krav til dokumentasjon av påstander, f.eks. fra vitner. Både i norsk og britisk rettspraksis kan vi se en utstrakt bruk av sakkyndige.

De britiske dommene skiller seg fra de norske dommene ved at flere momenter som ikke drøftes i de norske trekkes inn. *Løfter* fra gjenværende har blitt vurdert som et viktig hensyn. I *Re E* viser domstolen til at faren hadde foreslått betalinger, og til at det ikke var grunn til å tvile på hans vilje til å følge dem opp. Domstolene i *common-law-land* har nok større tilbøyelighet enn norske domstoler til å legge betydelig vekt på slike løfter.

Ved siden av løfter, kan *Re S* gi eksempler på at også andre hensyn blir anført, blant annet hensynet til økonomisk trygghet og sosialt nettverk i landet barnet vurderes tilbakesendt til. I *Re E* var en av grunnene til at tilbakelevering ble godtatt at det fantes hjelpetiltak i Norge. De norske dommene har fokusert mer på om det foreligger alvorlig risiko for skade eller annen situasjon som ikke kan godtas, basert på påstander om vold og trusler.

I barnebortføringssaker spiller *tiden* en viktig rolle. Et vesentlig hensyn bak konvensjonen er at bortførte barn skal tilbakeleveres straks. At et barn har funnet seg til rette i landet det er bortført til, vil kunne tale mot tilbakelevering.⁹⁴ Dette hensynet kommer klart til uttrykk i både de norske og de britiske dommene.

I Rt. 2008 s. 829(U) ville en tilbakelevering til Polen for guttens vedkommende innebære et brudd med hans vante miljø. Guttens seks år da faren fremsatte tilbakeleveringskrav og 13 år da endelig avgjørelse forelå. I *Re E* gikk det nesten to år før endelig avgjørelse om tilbakelevering forelå. Domstolen la vekt på at barna var åtte og fem år når de ble tilbakesendt, og på at de fra før hadde bodd store deler av livene sine i Norge – slik at tilbakeleveringen ikke ville være til et fremmed land. Barnas alder tilsa at de ikke lenger var veldig avhengige av sin mor. I *Re D* var barnet to år ved bortføringen og tre ved endelig avgjørelse. Når barn er så små, er de veldig knyttet til sine nærmeste omsorgspersoner, og dermed kan tilbakelevering være svært uheldig.

⁹⁴ Se kapittel 4.1.

Dommene viser også at *konfliktnivået* har blitt vektlagt. Et eksempel er Rt. 2008 s. 829(U). Årsaken til at en forelder velger å bortføre barnet er ofte det turbulente forhold mellom foreldrene. Det kan derfor være problematisk å vektlegge et slikt argument. Dette kan illustreres med mindretallsdommer Lillebøs bemerkning i LG-2014-30171 om at moren hadde gjenopptatt samlivet med faren – til tross for påstander om vold. Baronesse Hale viser i *Re E* det er viktig at foreldrene – som er ekspertene på sine egne barn – klarer å komme til enighet. Hun fremhever mekling som en mulighet. Hale mener det må gjøres en reservasjon fra dette i saker hvor det er påstått *partnervold*. I slike saker foreligger det ikke gjensidig respekt, ettersom den ene forelderens viser krenkede adferd overfor den andre forelderens. Barn skal slippe å bli vitne til dette.

Baronesse Hale trekker allerede i *Re D* fra 2006 frem de vanskelige avveiningene mellom tilbakeleveringshensynet og barnets beste. For å vurdere unntaksregelen må man vurdere fremtidsutsiktene for barnet, men likevel begrense seg, ettersom denne vurderingen skal tas i en senere sak om foreldreansvar og bosted. Barnefordelingssaken vil avgjøres i jurisdiksjonslandet. Dersom landene åpner for å gi unntaksbestemmelsen stor anvendelse, kan konsekvensen bli at de selv tar jurisdiksjon over saken. Det kan dermed bli lett for bortfører å foreta en «forum shopping» til det landet hvor han/hun mener saken bli avgjort i hans/hennes favør. Da vil man også honorere bortførere og undergrave konvensjonens formål om å motvirke barnebortføringer. *Re E* trekker inn både barnekonvensjonen og EMD-praksis for å vurdere barnas beste mot tilbakeleveringskravet.

I Norge er det lagt til grunn i Rt. 1993 s. 881(U) at man ikke kan foreta en *generell* «barnets beste» vurdering i barnebortføringssakene. På den annen side kan gjennomgangen av rettspraksis vise at hensynet til barnets beste har vært en «bakenforliggende» faktor som kan ha bidratt til å styre domstolens syn i sakene. I Rt. 1991 s. 1051(U) ble utfallet tilbakelevering selv om det forelå påstander om incest fra faren. En sakkyndig overlege mente skadene barnet hadde, ikke kunne føres tilbake til faren. Moren ønsket å føre enda en sakkyndig som mente det motsatte om skadene. Kanskje en domstol i dag ville vurdert skadene annerledes og sett på incestanklagene som en alvorlig og nærliggende trussel og dermed nektet tilbakelevering?

At hensynet til barnets beste har fått større innvirkning på norsk rettspraksis kan begrunnes i og forklares med Norges menneskerettslige forpliktelser, hovedsakelig BK og EMK.

Ankeutvalgets uttalelse i Rt. 2014 s. 714(U), hvor det vises til disse konvensjonene, er egnet til å underbygge en slik forklaring. I kjennelsen uttales det at barnebortføringslovens bestemmelser nå må tolkes innenfor rammen av Grl. § 104 andre ledd om hensynet til barnets beste. Norske rettsanvendere vil etter den nye grunnlovsbestemmelsen ha en plikt til å la barnets beste være et grunnleggende hensyn i barnebortføringssaker, selv om hensynet ikke nødvendigvis skal «trumfe» andre hensyn. Innebærer ankeutvalgets uttalelse og Grl. § 104 andre ledd at bakenforliggende hensyn domstolene alltid har tatt, endelig kommer klart til uttrykk? Gjennomgangen i dette kapittelet kan tyde på dét.

Haagkonvensjonen ble til da den «typiske» bortføreren var en far med samværsrett.⁹⁵ Sakene jeg har gjennomgått viser at flertallet av dagens bortførere er mødre som også er hovedomsorgspersoner. I tilfeller hvor bortfører er hovedomsorgspersonen, kan det argumenteres for at det blir lagt stor vekt på hvor lite barnet er og hvor sterkt knyttet det er til vedkommende. I *Re S* ble barnet bortført av mor da det var to år gammelt – en alder hvor barnet er sterkt knyttet til sine nærmeste og ikke så mye til sitt nærmiljø. Tilbakelevering ble nektet blant annet på grunn av dette.

Når vurderingsmomentene vektlegges ulikt fra sak til sak, blir det problematisk for de involverte å forutberegne sin rettsstilling. På den annen side vil en vurdering som trekker inn flere av disse momentene som vi kjenner igjen fra barnefordelingssakene, kunne bidra til å finne «barnets beste» i den konkrete saken. En inngående vurdering av flere ulike momenter, med blant annet bruk av sakkyndige som flere av sakene viser, er problematisk med tanke på konvensjonens formål om *rask* tilbakelevering. Dette fordi en slik inngående vurdering og bruk av sakkyndige vil kunne være meget tidkrevende.

⁹⁵ Se kapittel 4.1

6 EMD som håndhever av Haagkonvensjonen

Gjennomgangen av norsk og britisk rettspraksis viser at det har skjedd en utvikling mot et mer «barnesentrert» fokus i sakene, ved at det vies mer plass til vurderinger av unntaksbestemmelsene i barnebortføringsloven/Haagkonvensjonen. Denne utviklingen har skjedd gradvis – i takt med samfunnets fokus på barnets beste. Flere lands konstitusjoner har nå bestemmelser som forplikter statene til å vektlegge barnets beste som et grunnleggende hensyn i saker som angår barn. I Norge ble barnets beste grunnlovsfestet i 2014 i Grl. § 104 andre ledd.

Temaet for dette kapittelet er hvordan EMD har vurdert barnets beste i barnebortføringssaker etter EMK art. 8. EMD-praksis er forpliktende for Norge som har tiltrådt EMK. Det vil derfor være viktig å se om også EMD har fulgt utviklingen i retning et mer «barnesentrert» fokus i barnebortføringssaker.

6.1 EMK art. 8

I barnebortføringssaker er det ofte påstått en rekke brudd på EMK-rettigheter blant annet brudd på EMK art. 6⁹⁶ og EMK art. 8. Jeg vil videre konsentrere meg om EMK art. 8 fordi «*right to family life*» er mest nærliggende i en vurdering av barnets beste i barnebortføringssaker.

Etter EMK art. 8 har «*enhver*» rett til respekt for sitt «*familieliv*». Begrepet «*familieliv*» forutsetter en allerede eksisterende enhet,⁹⁷ som typisk vil være de biologiske båndene mellom foreldre og barn.⁹⁸ En forelders rett til å iverksette tiltak for å bli gjenforent med sitt

⁹⁶ EMK art. 6 verner borgernes rett til en rettferdig rettergang, både sivil- og strafferettslige krav, innen rimelig tid, ved en uavhengig og upartisk domstol. Barnebortføringssaker er oftest sivilrettslige krav, men det er ikke uvanlig at det parallelt med en tilbakeleveringssak etter Haagkonvensjonen, også verserer en straffesak mot bortføreren. I *Hoholm mot Slovakia* avsagt januar 2015 ble det konstatert krenkelse av EMK art. 6 pga. lang saksbehandlingstid for tilbakeleveringskravet etter Haagkonvensjonen. Forespørsel om storkammerbehandling.

⁹⁷ Aall, s. 207

⁹⁸ Begrepet har vist seg relativt og omfatter blant annet forholdet mellom samboere (*Johnston mfl. mot Irland*) og nevøs samværsrett med onkel etter omsorgsovertakelse (*Boyle mot Storbritannia*)

bortførte barn er beskyttet etter EMK art. 8.⁹⁹ Artikkelen tolkes også slik at den pålegger statene en aktivitetsplikt i barnebortføringssaker. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

6.2 Statenes forpliktelser

Etter EMK art. 8 har statene både positive forpliktelser – plikt til å sikre effektiv lovgivning¹⁰⁰ og håndheving,¹⁰¹ og negative forpliktelser¹⁰² – plikt til å avstå fra å gjøre inngrep.

Inngrep kan likevel godtas i noen situasjoner. Vilkårene for at et inngrep i en borgers rett til familieliv godtas, finnes i EMK art. 8 andre ledd. Inngrepet må være i «*samsvar med loven*», søke å oppnå et av de legitime formålene som er angitt i bestemmelsen – og må dessuten «*være nødvendig i et demokratisk samfunn*». I nødvendighetsvurderingen blir det foretatt en proporsjonalitetsvurdering av mål og middel. På den måten undersøker EMD om staten har valgt det minst inngripende tiltaket som kan sikre realisering av det legitime formålet. I tillegg må inngrepet forankres i et *presserende samfunnsmessig behov*.¹⁰³

I barnebortføringssaker vil tilbakesendelse av et bortført barn være et inngrep som forankres i de ulike landenes nasjonale gjennomføring av Haagkonvensjonen – og dermed være i samsvar med lov. Inngrepet tar sikte på å verne en annen persons rett til familieliv etter EMK art. 8 og søker dermed å nå et legitimt formål. Det vanskeligste spørsmålet er ofte hvorvidt inngrepet er «*nødvendig i et demokratisk samfunn*». Statene skal finne en «*fair balance*» mellom rettighetene til foreldrene, barnet og offentlig orden. Statene har fordelen av direktekontakt med de involverte og har bedre forutsetninger enn EMD til å klarlegge faktum i den enkelte sak. I sine vurderinger har statene en viss *skjønnsmargin*, men det er likevel EMD som har siste ordet.¹⁰⁴

⁹⁹ F.eks. *Ignaccolo-Zenide mot Romania* (avsnitt 94)

¹⁰⁰ Bl.a. *Bajrami mot Albania* fant EMD at Haagkonvensjonens prinsipper også gjaldt for Albania som ikke hadde tiltrådt Haagkonvensjonen.

¹⁰¹ Bl.a. *Ignaccolo-Zenide* hvor EMD konstaterte krenkelse av EMK art. 8 ettersom Romania ikke hadde foretatt seg nok for å finne de bortførte barna og legge til rette for tilbakelevering.

¹⁰² F.eks. *Susanne Paradis mfl. mot Tyskland* hvor tilbakelevering ikke var i strid med EMK art. 8.

¹⁰³ Bl.a. i *Olsson mot Sverige nr.1* (avsnitt 67)

¹⁰⁴ F.eks. *Maumousseau og Washington mot Frankrike* (avsnitt 62)

6.3 EMDs behandling av barnets interesser

EMD har blitt kritisert for å legge for liten vekt på barnas interesser. Det kan vises til *Ignaccolo-Zenide mot Romania* hvor en far bortførte to jenter og senere gikk i dekning for myndighetene. Barna hadde uttrykt at de ønsket å bo med faren. EMD konstaterte brudd på EMK art. 8 fordi de rumenske myndighetene ikke hadde gjort nok for å finne barna og legge til rette for gjenforening av moren og døtrene. Mindretallsdommer Maruste kritiserer flertallet fordi han mener at også barnekonvensjonen og barnas rett til å uttale seg og bli hørt, burde vært vektlagt. Han hevder nærmest at flertallets standpunkt er voldelig.

Ignaccolo-Zenide la føringer for flere barnebortføringssaker som senere ble behandlet av EMD. I *Sylvester mot Østerrike*¹⁰⁵ ble det godtatt at endring i faktum kan endre en tilbakeleveringsavgjørelse, men presisert at det da kreves endringen ikke skyldes statenes inaktivitet.¹⁰⁶ I denne saken førte statens inaktivitet til krenkelse av EMK art. 8.

6.4 Mer barnefokus og grundigere analyse

I *Maumousseau og Washington mot Frankrike*¹⁰⁷ ble det ikke konstatert krenkelse av EMK art. 8 sett i lys av Haagkonvensjonen og BK art. 3. Moren anførte at en tilbakelevering av en jente fra Frankrike til USA ville utsette barnet for «grave risk of harm» etter HK art. 13 første ledd bokstav b. EMD viste imidlertid til at franske myndigheter hadde foretatt en «*in-depth examination of the entire family situation*» og fant at staten dermed hadde lagt tilstrekkelig vekt på barnets interesser.¹⁰⁸ EMD gir sin tilslutning til Haagkonvensjonen formål å gjenopprette den tidligere situasjonen – for så å la foreldreansvarssaken bli avgjort etterpå.¹⁰⁹ I samme sak uttaler EMD at tvang fra myndighetenes side for å hente et barn tilbake, ikke i seg selv anses å stride med EMK art. 8.¹¹⁰

Avsnittet om «*in-depth examination of the entire family situation*» fra *Maumousseau*-saken ble fulgt opp i storkammeravgjørelsen *Neulinger og Shuruk*.¹¹¹ Saken handler om en gutt som ble

¹⁰⁵ *Sylvester mot Østerrike*, 3. februar 2005

¹⁰⁶ *Sylvester* (avsnitt 63)

¹⁰⁷ *Maumousseau og Washington mot Frankrike*, 6. desember 2007

¹⁰⁸ *Maumousseau* (avsnitt 74-75)

¹⁰⁹ *Maumousseau* (avsnitt 69)

¹¹⁰ *Maumousseau* (avsnitt 85)

¹¹¹ *Neulinger og Shuruk mot Sveits*, 6. juli 2010, storkammeravgjørelse

bortført av moren fra Israel til Sveits. Årsaken var morens frykt for at faren skulle utsette barnet for religiøs indoktrinering, ettersom faren var medlem av en ultra-ortodoks og radikal bevegelse. Barnevernet hadde tidligere uttalt at det var til barnets beste at foreldrene ikke bodde sammen. Moren trosset et utreiseforbud og forlot Israel med gutten. Faren fremsatte tilbakeleveringskrav hvoretter de sveitsiske myndighetene nektet tilbakelevering ettersom en tilbakelevering ville medføre risiko for skade eller sette barnet i «*intolerable situation*». Faren anket og fikk medhold i den føderale domstolen hvor det fremkom at det ikke var blitt vektlagt at moren kunne reise med barnet til Israel. Deretter klaget moren saken inn for EMD som konstaterte krenkelse av EMK art. 8 dersom sønnen ble tilbakesendt.

Domstolen viser at barnets beste er basert på to faktorer. Det innebærer for de første å opprettholde familiebånd – utenom de sakene hvor familien har vist seg uskikket. For det andre innebærer det at barnet har krav på å få vokse opp i gode omgivelser.¹¹²

Neulinger kunne tolkes dit hen at statene hadde en plikt til å foreta en «*in-depth examination*» av «... *the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person ...*»,¹¹³ og på bakgrunn av dette gjøre en balansert og rimelig vurdering av interessene til hver av de involverte. Gjennom denne vurderingen skulle man – slik *Neulinger-dommen* kunne forstås og dels er blitt forstått – komme frem til hva som ville være den beste løsningen for det bortførte barnet sett hen til at det blir tilbakelevert. Denne vurderingen, som ble introdusert i avsnitt 74 i *Maumousseau* er videreutviklet i avsnitt 139 i *Neulinger*, har blitt omtalt som «*Neulinger-testen*».

Presidenten i EMD kommenterte på et familierettsseminar¹¹⁴ i mai 2013 at domstolen ved *Neulinger-dommen* ikke hadde foretatt noen kursendring i sin behandling av barnebortføringssaker. EMK og Haagkonvensjonen gikk – ifølge presidenten – hånd i hånd og han understreket at det *ikke* var slik at EMK art. 8 skulle «trumfe» Haagkonvensjonen.

¹¹² *Neulinger* (avsnitt 136)

¹¹³ *Neulinger* (avsnitt 139)

¹¹⁴ Tale holdt av Jean-Paul Costa 14. mai 2013

6.4.1 «Neulinger-testen» presiseres

I *X mot Latvia*¹¹⁵ – som kom i november 2013 – fant domstolen grunn til å presisere hva som egentlig lå i «*Neulinger-testen*». I avgjørelsen¹¹⁶ understreker domstolen at *Neulinger-testen* kan være problematisk når det kommer til effektivtetsformålet til Haagkonvensjonen.

Neulinger sier ikke noe om hvordan statene skal forholde seg til Haagkonvensjonen.¹¹⁷ EMD påpeker imidlertid at en harmoniserende tolkning av EMK og Haagkonvensjonen kan oppnås på følgende måte: Først må man behandle de påståtte unntaksbestemmelsene som følger av Haagkonvensjonen. Deretter må man treffe en begrunnet avgjørelse som viser at påstandene har vært tilstrekkelig vurdert. Videre må de vurderte faktorene ses i lys av EMK art. 8. Både ren avvisning av unntaksbestemmelsene og manglende vurderinger etter Haagkonvensjonens unntaksbestemmelser vil være i strid med EMK art. 8 og med Haagkonvensjonens formål. EMD viser til at tilbakeleveringskravene verken kan være stereotypiske eller automatiske, men unntaksbestemmelsene må tolkes restriktivt, sett i lys av Haagkonvensjonen.¹¹⁸

I *X mot Latvia* finner EMD krenkelse av EMK art. 8, fordi den nasjonale domstolen nektet å ta i betraktning psykolograpporten som viste at barnet ville ta skade av en tilbakelevering til Australia. Domstolen viser også til at de latviske myndighetene ikke hadde vurdert hvorvidt moren kunne bli med til Australia. Selv om det følger av Haagkonvensjonen at myndighetene må handle raskt, understreker EMD i *X mot Latvia* at de likevel har en plikt til å foreta en «*effective examination*».¹¹⁹

Dommer Albuquerque er enig med flertallets konklusjon, men har noen bemerkninger. Han mener at de nasjonale domstolene ikke plikter å undersøke alle forhold i saken, *ex officio*, dette er en undersøkelse som skal gjøres i barnefordelingssaken. Vurderingen i barnebortføringssaken skal undersøke de forhold som relaterer seg til selve tilbakeleveringskravet. Dommeren mener at *Neulinger* må leses som «*a call for an evolutive and purposive interpretation of the Hague Convention*».

¹¹⁵ *X mot Latvia*, 23. november 2013, storkammeravgjørelse

¹¹⁶ Saken handler om et barn som ble bortført fra Australia til Latvia. Retten bestemte at barnet skulle tilbakeleveres, moren anket og viste til en psykolograpport som viste at barnet ville bli traumatisert ved tilbakelevering. Tilbakeleveringskravet ble opprettholdt. Faren valgte selv å hente barnet tilbake til Australia. Der ble faren tilkjent foreldreansvaret alene og moren fikk kun se barnet under oppsyn av en sosialarbeider. Moren klaget saken inn for EMD hvor det ble konstatert krenkelse av EMK art. 8

¹¹⁷ *X* (avsnitt 105)

¹¹⁸ *X* (avsnitt 107)

¹¹⁹ *X* (avsnitt 118)

Gjennomgangen av EMD-praksis viser at det har skjedd en utvikling også innenfor EMD. *Neulinger* kan sies å ha markert en endring, hvor samspillet mellom EMK art. 8, Haagkonvensjonen og barnekonvensjonen, har kommet til uttrykk. Ved en «*effective examination*» er de nasjonale domstolene forpliktet til å ta i betraktning påståtte unntaksbestemmelser etter Haagkonvensjonen, og gi tilstrekkelig begrunnelse for sitt standpunkt. Denne vurderingen må ses i lys av EMK art. 8 og må ikke gå på bekostning av kravet til raskhet som følger av Haagkonvensjonen. Vurderingsmetoden som fremkom i *X mot Latvia* har senere blitt fulgt opp i blant annet *Ferrari mot Romania*¹²⁰ fra april 2015.¹²¹

¹²⁰ *Ferrari mot Romania* 28. april 2015. Saken handler om en gutt som ble ulovlig tilbakeholdt i Romania, ettersom faren trakk en samtykkeerklæring tilbake. Moren nektet å følge rettsordrer om tilbakelevering til faren i Argentina. Krenkelse av EMK art. 8 pga. inaktivitet fra rumenske myndigheter.

¹²¹ *Ferrari* (avsnitt 47 - 49)

7 Drøftelser i litteraturen

Ovenfor har jeg gjennomgått rettspraksis fra Norge, Storbritannia og EMD for å undersøke hvordan hensynet til barnets beste er vurdert i tilbakeleveringssaker under unntaksbestemmelsen bbfl. § 12 bokstav b og HK art. 13 første ledd bokstav b. Temaet for dette kapittelet er hvordan barnets beste i barnebortføringssaker er vurdert i faglitteraturen. Juridisk litteratur kan spille en viktig rolle i rettsutviklingen blant annet ettersom litteraturen bidrar til analyse av rettspraksis og med *de lege ferenda*-vurderinger.

7.1 Barnets beste - innhold og betydning

*Rhona Schuz*¹²² hevder vektleggingen av barnets beste i barnebortføringssaker må baseres på kravet til «grave risk» (alvorlig risiko). Dersom unntaksbestemmelsen blir brukt på en måte som innebærer at enhver sak hvor en tilbakelevering ikke samsvarer med barnets beste som «a primary consideration» blir omfattet av bestemmelsen, vil man heller ikke komme i strid med kravet etter BK art. 3. Dersom man har et tilfelle som ikke kvalifiserer til «grave risk», skal hensynet til barnet – ifølge Schuz – vurderes på lik linje med andre hensyn i saken.

Torunn Elise Kvisberg synes enig med Schuz. *Kvisberg* bruker betegnelsen «barnets beste som et minimumhensyn» og mener det er et grunnleggende menneske- og barnerettslig krav at bestemmelser om barnets beste på gruppenivå verken kan utsette et konkret barn for en uakseptabel risiko eller pålegge barnet urimelige byrder.¹²³

7.2 Et hensyn kun i barnefordelingssaker?

*Susan L. Barone*¹²⁴ mener unntaksbestemmelsen HK art. 13 første ledd bokstav b ikke tillater at en forelder skal kunne argumentere med «barnets beste», ettersom en slik vurdering hører hjemme i saker om foreldreansvar og ikke i barnebortføringssaker. *Silberman*¹²⁵ virker enig i dette og viser til at en inngående vurdering av tilbakeleveringssaken vil true «the basic

¹²² Rhona Schuz «The Hague Child Abduction Convention and children's rights» 2002

¹²³ *Kvisberg* s. 666

¹²⁴ Susan L. Barone «International parental child abduction: a global dilemma with limited relief – can something more be done?», 1995

¹²⁵ Linda Silberman «The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues», 2000 side 239

framework and objectives of the Child Abduction Convention». *Silberman* viser til den amerikanske avgjørelsen *Blondin IV*¹²⁶ og mener at vurderingene av hva som var barnets beste og uttalelser fra sakkyndige minnet om en barnefordelingssak. *Silberman* mener det er barnefordelingssaken i barnets bostedsland – ikke tilbakeleveringssaken – som skal foreta vurderingene av barnets familiesituasjon, de påståtte anklager og barnets ønsker.

*Melissa A. Wills*¹²⁷ har en moderat oppfatning, hvor hun mener domstolene bør foreta en viss analyse av de faktiske forholdene, men ikke slik som i barnefordelingssakene. *Wills*¹²⁸ påpeker at det kan være problematisk at et lands domstoler i en tilbakeleveringssak skal vurdere andre lands sosialmyndigheter og rettssystemer. Hun skriver dette ut fra et amerikansk ståsted, men argumentet kan være like relevant i andre land.

I *Re E*-saken ble det norske hjelpeapparatet vurdert og ansett som godt nok til å ivareta barna ved tilbakelevering. Farens løfter om understøttelse ble også tillagt vekt. Løfter ved tilbakelevering kan ha positiv innvirkning fordi man setter barnet i fokus, ifølge Schuz. På den annen side peker hun på at det da kan bli nærmest en ekstrabonus for bortfører når vedkommende får betalt både flybillett hjem og kanskje økonomisk understøttelse i fremtiden.¹²⁹ Det er viktig at man ser på muligheter for å hjelpe barnet og eventuelt bortfører, men hva om man feilvurderer et land? Enten ved at man feilaktig kritiserer landets hjelpetilbud eller overvurderer det og sender barnet tilbake og det blir utsatt for alvorlig skade? Er man villig til å ta slike sjanser?

¹²⁶ Saken handler to barn som ble bortført av mor fra Frankrike til USA. Tilbakelevering ble nektet, men faren anket og fremla erklæring om beskyttelsestiltak for barna ved tilbakelevering. Saken ble behandlet på ny i førsteinstansen. En sakkyndigrapport ble tillagt stor vekt. Rapporten sa at tilbakelevering ville føre til at barnas posttraumatiske stress-syndrom ville gjenoppstå og ville ødelegge for de gode relasjonene barna hadde bygget opp i USA. Faren anket, men Court of Appeal opprettholdt nektelsen av tilbakelevering. Kritikk av at faren ikke hadde fått imøtegått sakkyndigrapporten. Domstolen uttalte at en restriktiv tolkning av art. 13(1)(b) måtte omfatte «an almost certain recurrence of traumatic stress disorder». (*Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001))

¹²⁷ Melissa Wills «Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention» 2006

¹²⁸ Wills s. 452

¹²⁹ Schuz s. 447

7.3 Rettskultur som mulig forklaring

At det finnes så mange oppfatninger av Haagkonvensjonens begreper kan blant annet forklares med de ulike rettskulturer i konvensjonsstatene.¹³⁰ *Wibo van Rossum*¹³¹ legger vekt på at ulike land har forskjellige rettskulturer som preger deres vurdering av hva som er til barnets beste i tilbakeleveringssaker. Han påpeker at «barnets beste» er et vanskelig begrep, og mener mer samarbeid og økt forståelse over landegrensene kan være viktig. Slikt samarbeid kan – i følge Rossum – eksempelvis skje ved at ulike lands rettsanvendere gjennom konferanser og møter gis mulighet til å bygge nettverk og utveksle kunnskap og erfaring på tvers av landegrensene.

Rossum viser til en mediesak fra Nederland hvor to barn ble bortført til Syria av sin far fori faren mente det var til barnas beste å bli oppdratt i Syria. Syria har ikke ratifisert Haagkonvensjonen, fordi landet blant annet er uenig i likestillingen mellom mor og far ved foreldreansvar. *Rossum* viser at mekling i denne saken fikk faren til å endre mening.¹³²

Faglitteraturen viser – i likhet med rettspraksis – at hensynet til barnets beste de senere årene har fått en mer fremtredende plass i saker om internasjonal barnebortføring. Hva «barnets beste» konkret innebærer og hvilken vekt hensynet skal tillegges har også faglitteraturen ulike oppfatninger om. Det samme gjelder spørsmålet om man skal foreta en inngående vurdering av familiesituasjon, fremtidsutsikter osv. etter unntaksbestemmelsen i HK art. 13 første ledd bokstav b. Ulike oppfatninger i juridisk litteratur kan ha sin begrunnelse i tiden da den ble skrevet, men kan også begrunnes med forfatterens forskjellige rettskulturelle forankring.

¹³⁰ Rettskultur innebærer «...dei førestillingar og idear som formar lovgjeving, rettspraksis, rettsvitenskap og rettssubjekta sine handlingar, samstundes som ein rettskultur vert påverka av eigne aktørar sin praksis» Jørn Øyrehagen Sunde «Speculum Legale - rettsspegelen» 2005 s. 18

¹³¹ Wibo van Rossum «The Clash of Legal Cultures over the Best Interests of the Child Principle in Cases of International Parental Child Abduction», 2010

¹³² Rossum s. 45

8 Avsluttende bemerkninger

Innledningsvis i avhandlingen presenterte jeg to mye medieomtalte saker – en ulovlig tilbakeholdelse («Skah-saken») og en barnebortføring («Stokkedal-saken»). Disse sakene ble ikke vurdert etter Haagkonvensjonen, men kan vise hvor vanskelig det er å finne løsninger i barnebortføringssaker. I begge sakene ble det benyttet eksterne hjelpere for å få tilbake barna. I «Skah-saken» ble barna hjulpet ut fra Marokko av en tidligere etterretningstjenestemann og to marinejegere, mens det i «Stokkedal-saken» var to svensker fra en privatengasjert gruppe som tilbakefører bortførte barn, som planla å «gjen-bortføre» datteren. Dersom man ikke hadde hatt Haagkonvensjonen, kunne man stått i fare for at flere saker ble løst ved hjelp av mellommenn slik som sakene ovenfor viser.¹³³

8.1 Er barnets beste tilstrekkelig ivaretatt?

Haagkonvensjon anses som vellykket¹³⁴ selv om konvensjonen har måttet tåle kritikk. Mye av kritikken handler om møtet mellom Haagkonvensjonen og menneskerettighetene – avveiningen mellom hensynene til en effektiv konvensjon og unntaksbestemmelsene – spesielt hensynet til barnets beste som har fått stadig større plass i tilbakeleveringssaker. Parallelt med dette har det skjedd en endring i hvem den «typiske» bortføreren er. Fra tidligere hovedsakelig å være samværsfedre var mødre overrepresentert med 69 prosent i 2008.¹³⁵ Barnebortføringer kan være alt fra «... *narcissitic to the heroic*.»¹³⁶ Ulike situasjoner kan begrunne en effektiv vurdering av forholdene rundt barnet.

Gjennomgangen av rettspraksis og litteratur viser at det er delte oppfatninger av hvordan unntaksbestemmelsen i bbfl. § 12 bokstav b og HK art. 13 første ledd bokstav b skal forstås. Rettspraksis viser etter min mening at vi går mot en mer «barnesentrert» vurdering av unntaksbestemmelsene. Dette kan begrunnes med det økte fokuset på barns rettigheter ved vedtakelsen av Grl. § 104 andre ledd, og at BK art. 3 blir trukket frem i praksis fra blant annet

¹³³ I 2012 ble barnevernet i Stavanger gransket fordi to barn under barnevernets omsorg i 2006 ble hentet fra Tyrkia til Norge, selv om barna hadde midlertidig utreiseforbud fra Tyrkia. Det ble ikke redegjort for 500 000 kr i barnevernets regnskap. I ettertid bekreftet privatetterforsker Ola Thune at han var en «medhjelper» som hentet barna. Fra mediene kjent som «Tyrkia-saken»

¹³⁴ Beaumont og McEleavy s. 224

¹³⁵ Lowe og Stephens «Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention» 2012 punkt 2.A

¹³⁶ Beaumont og McEleavy s. 11 med videre henvisninger

Storbritannia og EMD. Slik jeg ser det, er det ikke nødvendig med noen kursendring i Norge, da jeg mener at barnets beste blir tilstrekkelig ivaretatt etter den nye grunnlovsbestemmelsen og rettspraksis.

8.2 Mekling som alternativ i barnebortføringssaker

Søvig¹³⁷ skrev at den eneste farbare vei i internasjonale barnebortføringssaker var «... *faglig toleranse – kombinert med vilje til å prioritere utvalgte, grunnleggende interesser, slik som hensynet til barnets beste.*» Faglig toleranse¹³⁸ handler blant annet om toleranse for fremmed rettsforståelse og toleranse for fremmede rettslige ordninger og rettigheter. Faglig toleranse vil være viktig for å håndtere ulikheter som følge av rettskulturer, f.eks. ulikheter i hensynet til barnets beste. På familierettens område er kulturelementer i retten dominerende,¹³⁹ og barnets beste kan derfor være et hensyn som man i enkelte land kan ha vanskelig for å akseptere - og i andre land kan begrepet være akseptert, men tillegges et annet innhold enn hva f.eks. de norske vurderingsmomentene gir anvisning på.

Selv om internasjonale konvensjoner og domstoler bidrar til å fremme tanken om internasjonal rettsorden, mener jeg vi fremdeles har en lang vei å gå når det gjelder barnebortføringssaker. Lovgivning og domstoler vil ikke være tilstrekkelig for å løse konfliktene mellom ulike rettskulturers forståelse av barnets beste. Derfor kan det bli viktigere å se på andre virkemidler som f.eks. mekling.

En meklingsordning i barnebortføringssaker er foreslått ved en norsk tiltredelse av Haagkonvensjonen 1996.¹⁴⁰ Flere andre land har meklingsordninger. Tyskland har meklingsprosjekter med Frankrike, Storbritannia og Polen. Tingretten i Haag i Nederland har tilbudt mekling i barnebortføringssaker siden 2009 og resultater viser at meklinger har ført til raskere saksbehandling i tilbakeleveringssakene, fordi forlik blir inngått tidlig i sakene.¹⁴¹ Slik

¹³⁷ Karl Harald Søvig «EMD som håndhever av Haagkonvensjonen om internasjonal barnebortføring» *Rett og toleranse Festskrift til Helge Johan Thue*, 2007 s. 111-118

¹³⁸ Helge Johan Thue «Internasjonal privatrett - toleransens rett» *Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv*, 2002 s. 865-880

¹³⁹ Thue s. 876

¹⁴⁰ Prop.102 LS (2014-2015) punkt 3.2.4.3

¹⁴¹ Rapport fra arbeidsgruppen som gjennomgikk regelverk, organisering og behandling av barnebortføringssaker i Norge, Oslo 2013, punkt 8.4

jeg ser det bør saker om påstått partnervold holdes utenfor mekling, ettersom partene ikke viser hverandre gjensidig respekt.

8.3 Forebyggende tiltak

Når det gjelder internasjonal barnebortføring, er det viktig å ha lover, konvensjoner og tvisteløsningsordninger for bortføringer som allerede har funnet sted, men det er også viktig å forebygge at barn blir bortført. 1. januar 2015 trådte *lov om stans i utbetalinger etter barnebortføring*¹⁴² i kraft. Formålet med loven følger av § 1 og er todelt; ved avskjæring av økonomisk støtte i form av ulike stønader fra Norge og barnebidrag fra gjenværende, skal man forebygge barnebortføringer og sikre raskere tilbakelevering av bortførte barn. Også økt strafferamme for barnebortføringer etter straffeloven 2005 (i kraft fra 1. oktober 2015), kan virke preventivt og signalisere at Norge tar barnebortføringer på alvor.¹⁴³

¹⁴² Lov 6. juni 2014 nr. 19 om stans i utbetalinga av offentlege ytingar og barnebidrag når ein av foreldra har bortført eit barn til utlandet

¹⁴³ Etter strl. 2005 § 261 vil barnebortføring/omsorgsunndragelse straffes med bot eller fengsel inntil 2 år. Fengsel inntil 6 år kan idømmes dersom det foreligger grov omsorgsunndragelse basert på hvilken belastning den har påført barnet

Litteraturliste

Bøker:

- Beaumont, Paul R., og Peter E. McEleavy, *The Hague convention on international child abduction* (Oxford 1999)
- Ruud, Morten, og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave (Oslo 2006)
- Kvisberg, Torunn Elise, *Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnebortføring* (Oslo 2009)
- Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, (Oslo 2010)
- Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011)
- Sunde, Jørn Øyrehagen, *Speculum Legale - Rettspegelen* (Bergen 2012)
- Hopstock, Anne Cecilie og Marte Svarstad Brodtkorb, *Hvis jeg roper høyt nok. En mors kamp for sine barn* (Oslo 2010)

Lover:

- Lov 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven)
- Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- Lov 10. juni 1977 nr. 71 om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettens område
- Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
- Lov 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven)
- Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernsloven)
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 lov om straff (straffeloven 2005) i kraft fra 1. oktober 2015
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

- Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- Lov 6. juni 2014 nr. 9 om stans i utbetalinga av offentlege ytingar og barnebidrag når ein av foreldra har bortført eit barn til utlandet

Konvensjoner og forordninger:

- Konvensjon 16. mars 1932 mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om anerkjennelse og fullbyrding av dommer
- Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller 4. november 1950 (Menneskerettskonvensjonen, EMK)
- Wien-konvensjonen 23. mai 1969 om traktatretten
- Europeisk konvensjon 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar (Europarådskonvensjonen)
- Konvensjon 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring (Haagkonvensjonen)
- FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)
- Konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrding og samarbeid når det gjelder foreldreansvar og tiltak for beskyttelse av barn. (Haagkonvensjonen 1996)
- Forordning (EF) nr. 2201/2003 av 27. november 2003 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrding av rettsavgjørelser i ekteskapsaker og i saker om foreldreansvar og om opphevelse av forordning (EF) nr. 1347/2000 (Brüssel II bis-forordningen)

Forarbeider og etterarbeider:

- Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) Om A Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m.v og om tilbakelevering av barn. B Lov om samtykke til ratifikasjon av Europarådskonvensjonen 20 mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenopprettelse av foreldreansvar

og Haagkonvensjonen 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring

- Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV
- Prop.102 LS (2014-2015) Lov om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn, og endringer i enkelte andre lover, og samtykke til ratifikasjon av konvensjonen.
- Justis- og beredskapsdepartementet: Internasjonal barnebortføring. Rapport fra arbeidsgruppen for gjennomgang av regelverk, organisering og behandling av barnebortføringssaker i Norge, Oslo 2013
https://www.regjeringen.no/contentassets/464167011190443abf39f631d33be3c0/rapport_barnebortfoering_2014.pdf?id=2217411
- Rundskriv G-136/91: Europarådskonvensjonen og Haagkonvensjonen om barnebortføring - Om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m.v. om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring.
- Explanatory Report til Haagkonvensjonen 1980, skrevet av Elisa Pérez-Vera, publisert i 1982.
Funnet på Haagkonferansens hjemmeside: <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf>
- Spesialkommisjonens konklusjoner fra 2001: Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (22–28 March 2001)

Funnet på Haagkonferanses hjemmeside:
http://www.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf

Rettspraksis

Rettspraksis fra Norge:

- Rt. 1953 s. 1374
- Rt. 1993 s. 881
- Rt. 1982 s. 1335
- Rt. 1991 s. 1051(U)
- Rt. 1993 s. 881(U)
- Rt. 1996 s. 427(U)
- Rt. 2002 s. 557
- Rt. 2005 s. 682
- Rt. 2008 s. 829(U)
- Rt. 2012 s. 494
- Rt. 2012 s. 667
- Rt. 2014 s. 714(U)
- Rt. 2015 s. 222

- LG-2014-3017

Rettspraksis fra Storbritannia :

(hentet fra <http://www.incadat.com>)

- Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51
Incadat: HC/E/UKe 880

- Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55 [2008] 1 AC 1288
Incadat: HC/E/UKe 1068

- Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144
Incadat: HC/E/UKe 1068
- Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257
Incadat: HC/E/UKe 1147

Rettspraksis fra USA:

- Blondin v. Dubois, 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001)
Incadat: HC/E/USf 585
- Furnes v. Reeves, 362 F.3d 702 (11th Cir. 2004)
Incadat: HC/E/USf 578

Rettspraksis fra Menneskerettsdomstolen (EMD) (hentet fra <http://hudoc.echr.coe.int>)

- *Tyrer mot Storbritannia*, 25. april 1978
- *Johnston mfl. mot Irland*, 18. desember 1986
- *Olsson mot Sverige (no.1)*, 24. mars 1988
- *Boyle mot Storbritannia*, 28. februar 1994
- *Ignaccolo-Zenide mot Romania*, 25. januar 2000
- *Sylvester mot Østerrike*, 3. februar 2005
- *Susanne Paradis mfl. mot Tyskland*, 15. mai 2003
- *Bajrami mot Albania*, 12. desember 2006
- *Maumousseau og Washington mot Frankrike*, 6. desember 2007
- *Deak mot Romania og Storbritannia*, 3. juni 2008

- *Neulinger og Shuruk mot Sveits* 6. juli 2010 (Storkammer)
- *Raban mot Romania*, 26. oktober 2010
- *Anghel mot Italia*, 25. juni 2013
- *X mot Latvia*, 26. november 2013 (Storkammer)
- *Hoholm mot Slovakia*, 13. januar 2015
- *Ferrari mot Romania*, 28. april 2015

Juridiske artikler:

- Bårdsen, Arnfinn, «Anketillatelse til Norges Høyesterett» *Lov og Rett* 09/2014 s. 529–549
- Haugli, Trude, «Skiftende ideologier i barnelovgivningen – alltid til barnets beste?» *Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget 2004* s 77-88
- Haugli, Trude, «Det mangfoldige barnets beste» *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år*, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.) (Oslo 2002) s. 313–327
- Søvig, Karl Harald «EMD som håndhever av Haagkonvensjonen om internasjonal barnebortføring» *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue* (Oslo 2007) s. 111-118
- Thue, Helge Johan, «Internasjonal privatrett - toleransens rett» *Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv* (Oslo 2002) s. 865-880

Fra Heinonline.org

- Wills, Melissa S. «Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention» 2006 (funnet 15. mai 2015)

<http://www.heinonline.org.pva.uib.no/HOL/Page?page=423&handle=hein.journals%2Frol25&collection=journals>

- Rossum, Wibo van «The Clash of Legal Cultures over the Best Interests of the Child Principle in Cases of International Parental Child Abduction» 2010 (funnet 15. mai 2015)
<http://www.heinonline.org.pva.uib.no/HOL/Page?handle=hein.journals/utrecht6&id=215&collection=journals#215>
- Silberman, Linda «The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues» 2000 (funnet 2. mai 2015)
<http://www.heinonline.org.pva.uib.no/HOL/Page?page=221&handle=hein.journals%2Fnyuilp33&collection=journals>
- Schuz, Rhona, «The Hague Abduction Convention and the United Nations Convention on Children's Rights» 2002 (funnet 15. mai 2015)
<http://www.heinonline.org.pva.uib.no/HOL/Page?page=393&handle=hein.journals%2Ftlcp12&collection=journals>

Fra Westlaw.com

Susan L. Barone «International parental child abduction: a global dilemma with limited relief – can something more be done?» 1995 (funnet 14.mai 2015)
http://international.westlaw.com.pva.uib.no/result/previewcontroller.aspx?TF=756&TC=4&mt=115&db=0101320&findtype=Y&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&spa=intbergen-000&ordoc=0401357658&serialnum=0105583823&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pbcr=6ABC996D&referenceposition=113&rs=WLIN15.04&RP=/find/default.wl&bLinkViewer=true

- Lowe, Nigel og Victoria Stephens «Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention» 2012
<http://international.westlaw.com.pva.uib.no/result/previewcontroller.aspx?TF=756&TC=4&mt=WorldJournals&db=0001137&rs=WLIN15.04&findtype=Y&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&spa=intbergen->

000&ordoc=0417277692&serialnum=0379192783&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pbcb=F4CAF4E3&referenceposition=44&utid=2&RP=/find/default.wl&bLinkViewer=true

Andre nettsider:

- «Stokkedal-saken» (funnet 5. februar 2015)
<http://www.aftenbladet.no/nyheter/lokalt/sandnes/Lene-Stokkedal-ser-et-lys-i-tunnelen-3571219.html>
- «Stokkedal-saken» (funnet 26. april 2015)
<http://www.aftenbladet.no/nyheter/utenriks/Lene-Stokkedals-jubel-endte-bratt-3662778.html>
- Regjeringens informasjonsside om barnebortføring, statistikk over barnebortføringer,
<http://www.barnebortforing.no>
- Samtykke til ratifikasjon av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn.
<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=62507>
- Jean-Paul Costa, president i EMD, tale på irisk-britisk-fransk seminar i familierett, 14. mai 2011
http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05_en.pdf
- Kontrollutvalgets granskningsrapport av barnevernet i Stavanger kommune i «Tyrkia-saken» (funnet 24. mai 2015)
<https://www.stavanger.kommune.no/Documents/Politisk%20sekretariat/kontrollutvalget/RR%20Stavanger%202012%20Barnevernet%20Tyrkia.pdf>
- «Tyrkia-saken» (funnet 24. mai 2015)
<http://www.nrk.no/rogaland/thune-avviser-ulovligheter-1.11958477>

- Haagkonferansens «Annual report» for 2014, publisert 2015 (funnet 10.mai 2015)a
<http://www.hcch.net/upload/ar2014.pdf>

Vedlegg

Vedlegg til kapittel 4 Haagkonvensjonen og barnebortføringsloven

Det presiseres at dette vedlegget ikke er nødvendig å lese for forståelsen av avhandlingen.

Hensyn og vilkår for å fremsette tilbakeleveringskrav

Konvensjonens formål

Typetilfellet da konvensjonen ble fremforhandlet på 1970-tallet var en ulovlig bortføring eller ulovlig tilbakeholdelse ble foretatt en far som var misfornøyd med samværsretten.

Før Haagkonvensjonen trådte i kraft, var den gjenværende av foreldrene henvist til å ta rettslige skritt i det landet barnet var bortført til – ofte et land med et annet språk, en annen kultur og et annet rettssystem. Det var med andre ord vanskelig å få i stand tilbakelevering av bortførte barn. Dette dannet bakgrunnen for Haagkonvensjonen.¹⁴⁴

I preamblet fremkommer det at konvensjonsstatene er «*Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody.*»

Konvensjonstatene ønsker å beskytte barn fra effekten av barnebortføring og etablere prosedyrer for å sikre tilbakelevering til barnas «*state of habitual residence*» i tillegg til å sikre «*rights of access*». Leser man preamblet sammen med formålsbestemmelsen i Haagkonvensjonen art. 1, finner man at konvensjonsstatene mener det er til barns beste – som gruppe – å bli tilbakelevert umiddelbart etter en ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse.

På bakgrunn av dette forsøkte man å få til et internasjonalt samarbeid for å sikre rask tilbakelevering og gjenopprettelse av tilstanden før bortføringen/tilbakeholdelsen – *status quo ante*. Man måtte ha et internasjonalt samarbeid med felles prosedyrer for rask tilbakelevering av bortførte barn til staten hvor de hadde bosted rett før bortføringen/tilbakeholdelsen. I tillegg ble det viktig at dommer om foreldreansvar også kunne fullbyrdes i et annet land, slik

¹⁴⁴ Beaumont og McEleavy s. 3

ville det ikke bli like enkelt å bortføre/tilbakeholde et barn og komme unna med dette. Vissheten om tilbakeleveringsregler kunne også ha en preventiv effekt for en potensiell bortfører.

Betydningen av barnets bostedsland

En tilbakelevering skal skje til det landet hvor barnet hadde sitt siste bosted, fordi man ser det slik at dette landet har best forutsetninger for å avgjøre barnefordelingssaken. Barnets bosted eller «*habitual residence*» er også avgjørende for å finne ut hvilke barn som omfattes av konvensjonen¹⁴⁵ og hvilket lands rett som skal avgjøre om det er foretatt en ulovlig barnebortføring.¹⁴⁶

Det finnes ulike internasjonale tilnærmingmåter for å avgjøre barnets bosted.¹⁴⁷ Det kan avgjøres (1.) ut fra barnets faktiske situasjon, (2.) ut fra barnets situasjon, men under hensyn til foreldrenes intensjon – flyttet familien sammen? – eller (3.) ut fra foreldrenes intensjon.¹⁴⁸ Begrepet er omdiskutert, men det kan synes som om begrepet i utgangspunktet er en objektiv vurdering av hvor barnet har sterkest tilknytning. Dersom det er tvil om tilknytningen er sterk nok, vil den subjektive hensikten bli vektlagt.¹⁴⁹ En ulovlig barnebortføring endrer ikke barnets bosted med det første.¹⁵⁰ Barnets bosted kan heller ikke være avledet av foreldrenes bosted, selv om det er nær sammenheng mellom disse.¹⁵¹

Vern av samværsrettigheter

Formålsbestemmelsene peker også på et vern av *samværsrettigheter*, eller «*rights of access*». Men leser man konvensjonen, ser man at statene kun har *plikt til å legge til rette for og ikke plikt til å fullbyrde* samvær i Haagkonvensjonen art. 21. Både vernet av samværsrettigheter og vernet av foreldreansvar bygger på hensynet til at barna skal ha best mulig kontakt med begge sine foreldre, et hensyn vi kjenner igjen fra de barnefordelingssakene.

¹⁴⁵ HK art. 4

¹⁴⁶ HK art. 3 første ledd a

¹⁴⁷ I Rt. 2015 s. 222(U) uttalte ankeutvalget at den norske forståelsen av bostedsbegrepet samsvarte med «*habitual residence*» i Haagkonvensjonen. For å endre barns bosted ved midlertidig opphold, kreves det i utgangspunktet samtykke fra den andre forelder. Lagmannsrettens dom opphevet pga. uriktig forståelse av bostedsbegrepet.

¹⁴⁸ Kvisberg s. 135

¹⁴⁹ Kvisberg s. 164

¹⁵⁰ Kvisberg s. 137

¹⁵¹ Beaumont og McEleavy s. 91-92

Ulovlig barnebortføring og ulovlig tilbakeholdelse

En «typisk» *ulovlig barnebortføring* er når en forelder borttar barnet fra den andre forelder uten samtykke – i strid med foreldreansvaret. *Ulovlig tilbakeholdelse* er når barnet blir holdt igjen i et annet land, i strid med *foreldreansvaret* til den *gjenværende* forelder. Dette vil være i tilfeller hvor barnet har vært på ferie i utlandet, først med samtykke fra gjenværende, men ved endt ferie ikke blir sendt tilbake i tråd med gjeldende avtale, eller at barnet blir krevd tilbakelevert av den gjenværende forelder.

Bortføringen og tilbakeholdelsen er *ulovlig* dersom *gjenværende* ikke har gitt sitt samtykke. Den norske lovteksten har ikke med kravet om «samtykke» i bbfl. § 11. I de norske forarbeidene kan det synes som om departementet forutsetter at manglende samtykke må forstås som ulovlig, og derfor ikke anser det som nødvendig eksplisitt nevne «samtykke» i lovteksten.¹⁵² Det er *gjenværende* som har bevisbyrden for at det ikke foreligger samtykke.¹⁵³

Vilkår for å kunne fremsette tilbakeleveringskrav

For at man skal kunne fremsette krav om tilbakelevering av bortførte barn etter bbfl. § 11, må man ha hatt *foreldreansvaret* og *faktisk utøvd det* på det tidspunktet den ulovlige bortføringen eller tilbakeholdelsen fant sted.

I barnebortføringsloven finner vi ikke den nærmere presiseringen av begrepet «*foreldreansvar*» som følger av HK art. 5 – retten til å bestemme over hvor barnet skal bo. Det fremkommer i forarbeidene at dette ikke ble ansett nødvendig, ettersom man i norsk rett betrakter dette som en del av vår definisjon av «*foreldreansvar*».¹⁵⁴

Foreldreansvarsbegrepet skal tolkes konvensjonsautonomt og er dermed ikke avhengig av et lands interne definisjon.¹⁵⁵ Likevel har dette begrepet vært diskutert. I den amerikanske dommen *Furnes v. Reeves*¹⁵⁶ ble det norske foreldreansvarsbegrepet nøye gjennomgått, for å finne ut om norske Furnes kunne fremsette tilbakeleveringskrav. Furnes hadde delt

¹⁵² *Kvisberg s.486* argumenterer for at barnebortføringsloven bør endres på dette punktet. Dersom samtykket eller en senere godtakelse fra gjenværende blir eksplisitt nevnt i lovteksten, vil det harmonere bedre med konvensjonsteksten og man vil lettere nå målet om rettsenhet.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 20

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 52 (1987-88) s. 19

¹⁵⁵ Spesialkomitéens rapport fra 1993 Part two, conclusion two

¹⁵⁶ *Furnes v. Reeves*, 362 F.3d 702 (11th Cir. 2004)

foreldreansvar sammen med moren, samværsrett i tillegg til en rett til å nekte flytting – *ne exeat* klausul. Med henvisning til blant annet britisk, australsk og israelsk rettspraksis kom domstolen til at Furnes kunne fremsette tilbakeleveringskrav.

I Norge vil hvem som har foreldreansvaret først og fremst følge av bl. §§ 34 og 35. Gifte foreldre og samboere har foreldreansvaret sammen for felles barn jf. bl. § 34. Dersom foreldrene ikke bor sammen, vil moren ha foreldreansvaret alene, men man kan avtale skriftlig at begge foreldrene skal ha foreldreansvaret sammen jf. bl. § 35.

Det følger av bbfl. § 20 at det ikke foreligger en ulovlig barnebortføring dersom foreldrene har felles foreldreansvar og det er åpenbart at barnet vil komme tilbake. Dette følger også av bl. § 41 første ledd. En forelder som har foreldreansvaret – sammen eller alene – kan velge å ta med barnet på kortere utenlandsreiser. Retten kan beslutte utreiseforbud for barnet, dersom det er usikkert om barnet vil komme tilbake. Kommer ikke barnet tilbake etter utenlandsoppholdet, vil dette anses som en ulovlig tilbakeholdelse.

I tilfeller hvor det foreligger strid om foreldreansvaret eller hvem barnet skal bo fast hos, har man ikke lov til å flytte ut av landet med barnet før saken er avgjort jf. bl. § 40. En flytting i strid med denne regelen vil bli ansett som en ulovlig bortføring. Dersom norske domstoler får vite at det foreligger begjæring om tilbakelevering av et bortført barn, skal de stanse barnefordelingssaken inntil tilbakeleveringskravet er avgjort, etter bbfl. § 19.

Konvensjonens foreldreansvarsbegrep omfatter mer enn den norske barnelovens tilsvarende begrep.¹⁵⁷ Etter konvensjonen kan foreldreansvaret følge av juridiske eller administrative vedtak¹⁵⁸ eller ha sitt opphav i lov fra en tredje stat som også gjelder i barnets bostedsland.¹⁵⁹ Ved en vid forståelse av begrepet «foreldreansvar» kan flere saker rammes av konvensjonen. Konsekvensen blir at flere barn har mulighet til å bli tilbakeført.¹⁶⁰

Det er et krav om at vedkommende som har foreldreansvaret for barnet også *faktisk har utøvd* det, på bortføringstidspunktet. Det er lagt til grunn at vedkommende ikke trenger å ha bodd

¹⁵⁷ *Kvisberg* mener at barnebortføringsloven klarere burde markert at det foreligger et skille mellom foreldreansvarsbegrepet i barnebortføringsloven og barneloven, selv om det er klart at transformasjonsloven skal tolkes i samsvar med konvensjonsteksten (side 367)

¹⁵⁸ For eksempel en domsavgjørelse om hvem som skal ha foreldreansvaret eller omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-20

¹⁵⁹ G-136/91 punkt 5.3.3. Dette vil f.eks. være dersom bostedslandet anerkjenner foreldreansvaret gitt i landet hvor barnet er statsborger. Dette vil gi grunnlag for tilbakeleveringskrav

¹⁶⁰ Pérez-Vera punkt 67

sammen med barnet. I rundskrivet gis det eksempler på at denne faktiske utøvelsen kan ha vært avbrutt hvis barnet har vært bortreist for å studere.¹⁶¹

Kort om saksgangen

Haagkonvensjonen forutsetter at det skal være en *sentralmyndighet* i hver konvensjonsstat etter HK art. 2. I Norge er denne oppgaven tildelt Justis- og beredskapsdepartementet. Sentralmyndighetenes arbeid blir sett på som viktig for at konvensjonen skal være effektiv. Noen av oppgavene som er tillagt Justis- og beredskapsdepartementet er å gi veiledning, koordinere kontakt mellom andre lands sentralmyndigheter og videreformidle, eventuelt purre på, krav til andre konvensjonsstater, etter bbfl. § 5. Justis- og beredskapsdepartementet fører også oversikt over alle barnebortføringsaker til/fra Norge som blir behandlet etter Haagkonvensjonen.¹⁶² Det er ingen plikt til å ta kontakt med sentralmyndighetene, men det kan være svært nyttig for å få i stand avtaler med andre konvensjonsstater.

Er et barn ulovlig bortført til Norge, eller ulovlig tilbakeholdt i Norge, vil Justis- og beredskapsdepartementet videreformidle saken. Tingretten har plikt til å behandle et tilbakeleveringskrav «uten opphold» etter bbfl. § 11 første ledd. Hensynet til rask tilbakelevering og gjenopprettelse av den tidligere situasjonen, tilsier at myndighetene må handle raskt. Dersom tingretten ikke har avgjort et tilbakeleveringskrav innen seks uker, kan saksøkeren kreve en begrunnelse til forsinkelsen etter bbfl. § 11 andre ledd. Etter Haagkonvensjonen art. 19 har domstolene plikt til å avstå fra en vurdering av hvor barnet kommer til å ha det best i fremtiden. Dette skal vurderes i en barnefordelingssak i det landet hvor barnet blir tilbakesendt til. Dette viser at Haagkonvensjonen ikke er en tradisjonell konvensjon om anerkjennelse og fullbyrdelse, men tar sikte på å gjenopprettelse av den tidligere situasjonen.

Før retten behandler et tilbakeleveringskrav, har den plikt til å gjøre seg kjent med barnets oppfatning når det er mulig, og å tillegge dette vekt i grad med barnets modenhet og alder, etter bbfl. § 17.

¹⁶¹ G-136/91 punkt 5.3.3

¹⁶² Hentet fra regjeringens informasjonsside, www.barnebortforing.no